Competition Bureau

Interpretation Bulletin:

The Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the *Competition Act*) as Applied to the Canadian Grocery Sector

November 2002

Table of Contents

1. Purpose and Scope of the Bulletin 1

2. The Canadian Grocery Sector 1

3. Abuse of Dominance 2

4. Institutional Framework for Enforcement 3

5. The Elements of an Abuse of Dominance 4

5.1 Market Dominance 4

5.1.1 Defining the Relevant Markets 4

5.1.2 Assessing Market Power 6

5.1.3 Market Share 7

5.1.4 Barriers to Entry 7

5.2 Anti-Competitive Acts: Section 78 8

5.2.1 Raising Rivals' Costs 9

5.2.1(a) Exclusive Agreements 9

5.2.1(b) Slotting Allowances and Other Listing Fees 10

5.2.2 Predatory Conduct 11

5.2.3 Interdependence or Tacit Collusion Among Firms: Facilitating Practices 14

5.2.4 Other Matters 15

5.3 Substantial Prevention or Lessening of Competition 15

6. Remedies 15

6.1 Alternative Case Resolutions 15

6.2 Interim Orders 16

6.3 Remedial Orders 16

6.4 Limitations and Exceptions 16

7. Competition Bureau Contact 17

Appendix I: The Abuse of Dominance Provisions of the Competition Act (Sections 78 and 79) 18

Appendix II: List of Economic Papers Commissioned by the Competition Bureau 21

Appendix III: Hypothetical Case Studies 22

1. Purpose and Scope of the Bulletin

This document is being published to provide the grocery industry with a better understanding of how the abuse of dominance provisions could be applied by the Bureau and to assist in deterring anti-competitive conduct in the grocery sector by encouraging compliance with the law.

The Canadian Grocery sector is one of the key sectors of the Canadian economy. Groceries are a necessity to all Canadians and as such the sector attracts considerable attention. In the face of consolidation and vertical integration, there has been growing concern by industry participants over the increased potential for abuse of market dominance. This concern has given rise to calls by stakeholders for grocery sector specific amendments to the abuse of dominance provisions of the *Competition Act* (the "Act"). The Competition Bureau's (the "Bureau") response has been two-fold. First, the Bureau continues to vigorously examine mergers and complaints of alleged anti-competitive conduct related to this important industry sector. Second, the Bureau has taken the position that no sector-specific amendments pertaining to the grocery sector are required.

The focus of this bulletin is to clarify how, from an enforcement policy perspective, the Bureau addresses allegations that a dominant firm or a group of firms, in the grocery sector is harming competition through abuse of market power. The Bureau's approach to enforcement policy is based on the provisions set out in the Act, supplemented by jurisprudence, academic literature and practical enforcement experience. Nothing in this bulletin deviates from the enforcement approach outlined in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (sections 78 and 79 of the Competition Act)*, which were released in July 2001.

In addition to producing this bulletin, the Bureau has also commissioned three background economic papers related to this topic. Their titles are listed in Appendix 2 of the Bulletin, and copies can be obtained from the Bureau Web site at www.cb-bc.gc.ca.

2. The Canadian Grocery Sector

The Canadian grocery sector is comprised of the production and importation of grocery products, wholesaling and retail distribution. Currently, the retail distribution component of this sector accounts for more than a quarter of total retail trade in Canada or almost $60 billion per year[1]. Mergers in this sector have increased over the past decade, to the extent, the Bureau estimates, that the four largest supermarket chains now account for approximately 75% of total Canadian food store sales.

Within each segment of the sector, competitors operate at various levels, locally, regionally or nationally. Some firms specialize in one segment of the sector while others, such as large retailers, own chains of stores and have their own distribution and wholesale operations.

---

[1] Jean-Francois Wen, Market Power in Canadian Grocery Retailing: Assessing the Evidence for Canada, p 1.

Some of the larger retail chains supplement nationally recognized brands with a range of exclusive products that are packaged and marketed under their own brand names which are commonly referred to as private label products. Alongside these large chains are smaller independent grocers who do not have the resources to develop their own private labels. A number of these retailers have joined larger buying groups that allow them to obtain discounts from manufacturers based on the combined purchase volume of the buying groups.[2]

Consequently, the Canadian grocery sector includes a broad spectrum of competitors ranging from independent firms with standard business relationships with their suppliers, to fully integrated firms with significant market presence in all areas of the sector. In some cases, integrated firms supply their independent competitors; for example, wholesalers owned by the retail chains may also be supplying independent retailers. As a result, the application of competition policy to the grocery sector must take into account the complex horizontal and vertical relationships amongst firms.

3. Abuse of Dominance

Briefly, abuse of dominance occurs when a dominant firm in a market, or a dominant group of firms, engages in conduct intended to eliminate or to discipline a competitor or group of competitors and to deter future entry by new competitors. The conduct must likely lessen or prevent competition substantially.

The abuse of dominance provisions are not intended to regulate prices, but rather to ensure the proper handling of anti-competitive conduct that, in this context, means efforts to maintain or enhance market power through activities directed towards competitors in an exclusionary, disciplinary or predatory manner.

It is recognized that firms at all levels of the grocery sector require an equitable opportunity to compete in the market. In cases of market dominance, one firm or group of firms, has sufficient market power to exercise significant control over the market. In these instances, careful scrutiny needs to be given to the impact of the activities of the dominant firm or group of firms, on smaller and medium-sized companies since in dominance situations, the latter usually constitutes the remaining effective competition in the market.

For example, dominant firms at the manufacturing level may be able to abuse their positions vis-à-vis distributors or retailers to the extent that smaller manufacturers become severely limited in their ability to enter or expand in the market. Dominant firms in similar circumstances at the retail level may prevent smaller retailers from obtaining the products they require to compete. Potential problems also arise

---

[2]Competition issues involving buying groups are generally reviewed by the Bureau under the price discrimination provision (paragraph 50(1)(a)) of the Act. For more information on the Bureau's position with respect to buying groups, please consult the Price Discrimination Enforcement Guidelines on our Web site at http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01140e.html. In addition, competition issues involving buying groups could also be reviewed under the conspiracy provision (section 45) of the Act.

when the actions of a dominant firm at one level of the grocery sector may have a direct impact on competition at other levels of the sector.

Since market participants vary in terms of size and resources, it is important to note that the abuse of dominance provisions are not intended to provide protection from legitimate market competition, nor are they designed to ensure that all firms continue to prosper in the market. Rather, they are meant to make it possible for businesses of all sizes to have an equitable opportunity to participate in the market. In this way, the market can provide consumers with competitive prices and product choices.

The Bureau conducts its role on an impartial basis, pursuing those complaints that satisfy the elements of section 79 of the Act.

4. Institutional Framework for Enforcement

The Commissioner of Competition (the "Commissioner") is responsible for inquiries under the Act, and is provided with significant powers with which to carry them out. The Competition Tribunal (the "Tribunal") is responsible for adjudication of the civil provisions of the Act, including the abuse of dominance provisions.

Only the Commissioner can make an application to the Tribunal for a remedial order under section 79 of the Act. Similarly, the Tribunal can consider an issue under section 79 of the Act only when it has received an application from the Commissioner. When an application has been filed with the Tribunal, the burden of proof is on the Commissioner to satisfy the Tribunal that all of the elements of section 79 have been met (see Part 5 below) and that an order of the Tribunal should be granted. In other words, the Commissioner cannot directly compel changes in business behavior, but rather must take on the role of litigant before the Tribunal and produce evidence to support the grounds for making the order. In contested cases, the Commissioner may file an application with the Tribunal seeking adjudicative relief. In such a situation, the rules of the Tribunal provide for a public hearing process limited by certain rules of confidentiality to protect commercial sensitive information in which affected third parties can apply for intervener status. Proceedings are governed by the Competition Tribunal Rules, which include procedures for the appearance of witnesses as well as the production of documentary evidence where the matter is proceeding on a contested basis.

An alternative to litigation before the Tribunal is a consent agreement. An agreement may be registered with the Tribunal on a consent basis when the Commissioner concludes that grounds exist for an application to the Tribunal for a remedial order in situations where the respondent and the Commissioner have agreed on a remedy that is appropriate for the competition problem.[3]

---

[3] The consent agreement must be based on terms that could be the subject of a Tribunal order (subsection 105(2) of the Act).

5. The Elements of an Abuse of Dominance

Before it may grant an order, the Tribunal must be satisfied that the three essential elements for abuse of dominance pursuant to subsection 79(1) of the Act are met.[4] The Tribunal must find that:

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business;

(b) that person or those persons have engaged or are engaging in a practice of anti-competitive acts; and

(c) the practice has had, is having, or is likely to have the effect of substantially preventing or lessening competition in a market.

These elements are discussed in turn in sections 5.1, 5.2 and 5.3 below.

5.1 Market Dominance

Paragraph 79(1)(a) of the Act addresses the issue of market dominance. Consistent with the jurisprudence established by the Tribunal, the Bureau considers market dominance to be synonymous with market power, that is, the ability to profitably maintain prices above competitive levels for a significant period of time, normally one year. Similarly, market dominance can arise in situations where one or more firms have buying (monopsony) power, that is, the ability to profitably maintain prices below competitive levels for a non-transitory period of time. Note, however, that the law does not imply that the mere existence of market power provides grounds for the issuance of a remedial order by the Tribunal, since charging prices above the competitive level is in itself insufficient for an application under section 79 of the Act.

5.1.1 Defining the Relevant Markets

Assessing whether market power first exists requires the proper identification of the relevant markets, including the existing competitors that are likely to constrain the ability of the firm, or firms, to profitably raise prices and/or to restrict competition. In doing so, the Bureau might face two different situations: one where there is only one product at issue and the other where there are a wide range of products involved.

The Bureau defines a "class or species of business" as one that is synonymous with a relevant product.[5] It begins by examining the product market(s) within which the alleged abuse of dominance has occurred

---

[4] See Appendix 1

[5] *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* [1990], 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) [hereinafter *NutraSweet*]. In this case the Competition Tribunal concluded that delineating a class or species of business is equivalent to defining a relevant product market.

or is occurring. As in other areas of competition law, the Bureau then looks at whether competition from other product sources limits the ability of the firm(s) in question to exercise market power. It focuses on whether close substitutes exist for the product(s) in question, such that buyers would choose them if the product price was raised above competitive levels by a significant amount for a non-transitory period of time. In general, a five percent real price increase above competitive levels lasting one year is considered a significant and non-transitory amount.

An analysis of existing competitors and product substitutes also has a geographic dimension. The Bureau considers the specification "throughout Canada or any area thereof" to describe the relevant geographic market.[6]

Price increases are not the only indicator used to define relevant markets. The Bureau also considers many qualitative factors when determining the appropriate product and geographic market definitions. These include, but are not limited to, the views, strategies and behavior of consumers and competitors, suppliers and other market participants, the physical and technical characteristics of the product and costs that buyers would have to incur in order to switch their purchasing from one supplier to another.

Market definitions are very much dependent on the facts specific to a particular situation. For example, complaints involving the ability of a manufacturer to obtain proper shelf space in retail stores or distribution at the wholesale level generally allow for traditional methodologies for defining the product and geographic dimensions of the relevant market. Usually, it is quite clear which products are being affected, what are the close substitutes for the product and what are the geographic dimensions of the market.

The following outlines how the Bureau currently defines the relevant markets in multi-product businesses such as retailers in the grocery sector.

Multi-product retailers present a challenge as they may trade in thousands of products covering a complex range of goods and services. In such cases, the analysis used to define the relevant market as described in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the* Competition Act) for a single product firm becomes more complicated. The greatest complication being how to determine which multi-product grocery retailers are comparable to warrant their inclusion in the same relevant product market.

The current approach used by the Bureau for relevant market definition for multi-product retailers begins by focusing on two retailers in close geographic proximity to each other and then treating each retailer's entire product offering as the potential relevant product. That is, each retailer will be treated as representing a single product differentiated by a range of characteristics such as product selection, location, service, etc. The Bureau then establishes the competitive effect that each retailer has on the

[6] In *NutraSweet*, the Tribunal stated that the relevant geographic market encompassed "an area [that] is sufficiently isolated from price pressures emanating from other areas so that its unique characteristics can result in prices differing significantly for any period of time from those in other areas."

other through a statistical analysis of each retailer's profits, pricing service standards and other measurable competitive variables. Where a statiscally significant relationship exists between the retailers they are included in the relevant product and geographic market. The Bureau will continue performing this analysis considering other retailers product offerings and locations until it is satisfied that all retailers selling competing product offerings are included in the relevant market.[7]

The Bureau's approach to market definition serves simply as a starting point for analytical purposes.[8] It is a technique which can adapt to changing markets. As is the case with many sectors of the Canadian economy, market definitions may change as products evolve, new substitutes are introduced, consumer patterns shift and innovations are made.

5.1.2 Assessing Market Power

Once the Bureau has ascertained the existing competitors and other relevant factors, it must assess the extent to which they constrain any market power that the allegedly dominant firm(s) might otherwise possess. The Bureau considers control to be synonymous with market power where the latter is seen as the ability to profitably set prices above (or below in a monopsony case) competitive levels for a considerable period of time. Market power may also be defined in terms of the ability to maintain a material, specific reduction in other factors of competition, such as service, quality, variety, advertising and innovation. For ease of reference, market power is referred to here with respect to price increases, but it should be understood to also include non-price factors of competition.

As it is difficult to measure market power directly, the Bureau typically relies on a number of indicators, both qualitative and quantitative. These include, but are not necessarily limited to the following:

- market share, including share stability and distribution;
- barriers to entry, including the conduct allegedly engaged in by the dominant firm(s); and
- other market characteristics, including extent of technological change, extent of excess capacity, and customer or supplier countervailing power.

As noted earlier, assessing market power at the retail level also involves an analysis of the unilateral competitive effects each store possesses in a market.

---

[7] A similar methodology was used by the defendant in the attempted merger between Staples and Office Depot in 1997. The merger involved the two largest office superstore chains in the US. Since these stores tend to carry a large assortment of goods, a statistical study into market definition would be difficult as potential competitors, large and small, would be numerous. The defendant's empirical study was based on how each store's profit margin was affected after the entry of a competitor's store.

[8] For multi-product firms, pre-defined relevant market definitions (e.g. based on store size, locational boundaries estimated by shopping patterns), are very useful for a quick initial analysis of cases involving numerous markets, such as a merger of grocery chains where there are many stores in multiple local markets.

5.1.3 Market Share

The Bureau's general approach with regard to market share is as follows:

- A market share of a single firm that is less than 35 percent will generally not give rise to concerns of market power or dominance;
- A market share of a single firm that is 35 percent or more will generally prompt further examination; and
- In the case of a group of firms alleged to be jointly dominant, a combined market share of 60 percent or more will generally prompt further examination.

The Bureau prefers to use sales revenues to assess market shares in the retail grocery sector. However, when revenue data are not available, it will use market shares based on capacity, using both the size of a store's selling area and/or the entire store, as proxies. The Bureau accepts that capacity shares based on physical size have limitations in measuring market power, since stores can have different formats with differing marketing capacities. Since there is no definitive numeric market share to imply that a firm has market power, it has taken the view that market share levels exceeding the thresholds described above is normally a necessary, but not sufficient, condition to establish market power.[9]

With the focus on control by a single firm or group of firms, market power analysis measures the extent to which existing competitors (identified in the market definition exercise described above) and/or potential competitors (discussed in the following section on entry barriers) or any other relevant factors (such as countervailing customer power) are likely to constrain exercise of market power.

In the contested abuse of dominance cases heard to date by the Tribunal, the market shares of the dominant firms were 87% or higher. In these cases, the near monopoly shares suggest that consumers have few alternatives when the dominant firm increases prices above competitive levels.

5.1.4 Barriers to Entry

Many of the anti-competitive activities that concern the Bureau involve the creation or enhancement of barriers to entry. Some examples of barriers to entry include significant economies of scale and sunk costs (i.e. the costs of investments made that are not likely recoverable), contract clauses requiring or inducing exclusivity and high customer switching costs. Where barriers to entry are low, any attempt by a firm with a high market share to exercise market power is likely to be met with the entry of new firms or expansion of existing firms. In this process, the firm with the high market share loses customers to its rivals to the extent that it does not find it profitable to attempt to raise prices above competitive levels.

---

[9] The Bureau considers that a market share of less than 35% will normally not give rise to concerns that a firm has engaged, or is engaging in, a practice of anti-competitive acts that is preventing or lessening competition substantially in a market.

Where barriers to entry are high, in general, entry is likely to be prevented by the presence of absolute cost differences between the incumbent and the entrant, or by the entrant's need to make investments that are not likely to be recovered if entry is unsuccessful. Barriers to entry are a competitive concern when an entrant is unable to enter the market, or become a viable competitor.

5.2 Anti-Competitive Acts: Section 78

An essential element of the abuse of dominance provisions under paragraph 79(1)(b) of the Act is that there is or has been a"practice of anti-competitive acts". Examples of business practices constituting anti-competitive acts are listed in section 78. The list, although broad, is not exhaustive. Accordingly, the Tribunal has latitude to address anti-competitive acts not defined in section 78 and has done so in a number of cases. In order to help differentiate between legitimate competitive activity and that constituting abuse within the meaning of section 79, most acts listed in section 78 involve an element of purpose, object or design to undermine competition.

The Bureau's approach in assessing potentially anti-competitive acts in the grocery sector is to determine whether those acts are exclusionary, predatory or disciplinary with respect to other competitors in the relevant market.

More specifically, the Bureau focuses on determining whether the activities in question:

(i) facilitate raising rivals' costs or reducing rivals' revenues;
(ii) involve predatory conduct aimed at eliminating or disciplining competitors; and/or
(iii) encourage interdependence or tacit collusion among firms.

The Canadian grocery sector contains a variety of allowances, fees and promotional arrangements between manufacturers, wholesalers, and retailers.

In responding to concerns about these types of arrangements, the Bureau assesses each situation by looking at the particular facts of the case to determine whether or not there have been anti-competitive effects. If the anti-competitive effects lead to substantial lessening or prevention of competition in the market, the Bureau will take the action necessary to remedy the situation.

Without knowing the particulars of a specific business arrangement, it is difficult to generalize about the competitive effects of any class or type of business arrangement. The Bureau examines business arrangements from the perspective of understanding the competitive impact they have on the market(s) affected. In a generic sense, the types of arrangements which raise particular concerns to the Bureau include "listing fees", "slotting allowances", "pay-to-stay fees", "volume allowances or earned cost reductions" and various other product promotion schemes.

5.2.1 Raising Rivals' Costs

The most straightforward strategy for raising rivals' costs in the grocery sector is for a dominant firm or group of firms to enter into agreements with manufacturers, distributors or retailers in the market that preclude competitors' access to facilities. From the perspective of a manufacturing entrant, this could involve pre-empting access to the distribution system or shelf space in retail stores. Alternatively, an approach toward a retailing entrant is to pre-empt access to important brands or suppliers through the use of exclusive agreements.

Where dominance in a market has been established and anti-competitive activities have been alleged, the Bureau will examine whether this market power is being maintained or enhanced through anti-competitive activities that raise rivals' costs. Examples include exclusive agreements, slotting allowances and other listing fees.

5.2.1(a) Exclusive Agreements

Retailers may ask to have the exclusive rights for selling a manufacturer's goods within their trading area. In these instances, other competitors may complain to the Bureau that this exclusive right puts them at a significant disadvantage. Initially, the Bureau would examine the nature of the exclusive agreement to determine whether it would confer market power on the retailer or enhance it, leading to a substantial lessening or prevention of competition.

Consider a hypothetical situation where a core product or group of products in the household bundle of groceries is supplied by only one manufacturer or distributor in a given market. If that manufacturer or distributor gives an exclusive right to retailing that good to one retailer or group of competitors in the market, it could have a significant anti-competitive impact on the ability of other retailers in that area to compete. In these situations, the Bureau would assess the availability of substitute products, the scope of the territory involved, the duration of the arrangement and any other relevant factors regarding the nature of the exclusive arrangement.

Manufacturers or distributors possessing market power through the control of significant brands may abuse this power by requiring retailers wishing to carry their brand (or bundles of branded products) to refuse to carry or to restrict the number of competitors' products listed in their stores. These sorts of exclusive arrangements raise rivals' costs and can result in a substantial lessening or prevention of competition.

An Illustrative Example

In 2000, the Bureau had concerns that certain exclusive practices carried on by a baby food manufacturer (the "manufacturer") with respect to the supply of baby food to retailers in Canada

contravened the abuse of dominance provisions of the Act. The Bureau concluded that this market was concentrated and subject to barriers to entry, including the imposition of anti-dumping duties against imports of baby food from the United States. The matter was raised with the manufacturer and learning of the Bureau's concerns, the manufacturer voluntarily entered into a binding undertaking designed to enhance the competitive climate for jarred baby food and infant cereal in Canada.

Based on the factors below, the Bureau concluded that a major and dominant supplier had engaged in activities which created a significant barrier to entry for competitors, substantially preventing or lessening competition in the marketplace and this led to the voluntary undertaking.

The principal anti-competitive acts of concern to the Bureau included:

i) large lump sum, up front payments made to retailers not to stock non-manufacturer jarred baby food and infant cereal;
ii) multi-year contracts for exclusive supply; and
iii) discounts conditional upon exclusive supply.

In the undertaking, the manufacturer agreed for a period of up to 10 years not to:

- enforce the exclusivity provisions of any existing supply agreements with retail and wholesale customers of jarred baby food and infant cereal;
- enter into agreements requiring or providing more favourable treatment (including lump sum payments) in exchange for such exclusivity;
- engage in tied selling of its jarred baby food and infant cereal products; and
- provide volume discounts inducing exclusivity.

The manufacturer also agreed to:

- limit the terms of its supply arrangements for jarred baby food and infant cereal to one year except when meeting competitive offers of a longer duration; and
- advise all users of gravity feed racks that the racks can be used to display any brand of jarred baby food.

5.2.1(b) Slotting Allowances and Other Listing Fees

Retailers in the grocery sector are perpetually challenged by the competitive pressure of maximizing revenues generated in stores with finite space. To meet this challenge, they continually assess the profitability of the products on their shelves by determining which categories and brands of products are generating the most revenue. The decision to change products or to introduce new products brings with it inherent risks and opportunities. One of the common ways in which retailers seek to minimize risks in promoting products is to pass some of the costs back to the manufacturers or distributors in the form of

listing fees, slotting allowances and pay-to-stay fees. In all these instances the retailer is extracting some form of payment from the supplier in exchange for shelf space.

Retailers with market power may not be contravening the abuse provisions of the Act by soliciting rents in the form of fees or allowances. However, it is clear that, given the imposition of fees in exchange for shelf space and the fact that shelf space is limited, such schemes could have an exclusionary effect on some competitors or classes of competitors. Where a firm, or a group of firms, dominate a market for a product, the Bureau would be concerned if the payment of a slotting allowance is being used by the dominant firm(s) to acquire exclusivity or to tie up enough of the available shelf space to preclude other competitors from entering or expanding into the market.

The Bureau has investigated several exclusive dealing contracts between manufacturers and grocery retailers. In so doing, it determined whether the exclusionary effect of these contracts has the effect of increasing competitors' costs. If these effects also result in higher prices to purchasers, the Bureau concludes that there is a substantial lessening of competition in the relevant market.

Equally problematic in the Bureau's view are full exclusivity contracts, along with contracts between manufacturers and retailers that condition the amount of shelf space and the placement of the manufacturer's products in relation to its competitors. The Bureau examines these contracts with particular attention to clauses that:

- tie up a specific percentage share of shelf space devoted to a specific product category;
- limit competitors to a specific number of stock keeping units ("SKUs");
- exclude specific competitor SKUs;
- require some form of price parity with competitors;
- specify when and how competitors can advertise; and
- obtain information on the terms of competitors' contract offers.

The Bureau will only take action where these anti-competitive acts are being engaged in by a dominant firm resulting in a substantial lessening or prevention of competition in the relevant market.

5.2.2 Predatory Conduct

It is difficult to distinguish between predatory pricing and competitive pricing since both, at least initially, involve lower prices. As clarification, predatory pricing by a dominant firm normally involves a firm's ability to raise prices once rivals have been disciplined or have exited the market.

Predatory pricing is often described as selling at a price below some measure of cost in order to harm a competitor. The Bureau's position is that a predatory price is a price below avoidable cost and recognizes avoidable cost as being the relevant cost concept. Avoidable costs refer to all costs that could have been avoided by a firm had it chosen not to sell the product(s) in question. Avoidable costs

do not include sunk costs. Predatory pricing can be profitable to the dominant firm and hence harmful to competition, if that firm, through maintaining or enhancing market power, is potentially able to recoup the losses from its predatory strategy. It can do this by eliminating a rival in cases where entry barriers prohibit or discourage potential entrants from preventing price increases by the dominant firm following its predatory action. In the absence of such barriers, predation may also be profitable if it deters potential competitors from entering the market for fear of a repeated predatory episode. This reputation for predation may also deter entry into other markets in which the dominant firm operates, thus increasing that firm's incentive to engage in predation.

Dominant firms can also engage in predation in order to discipline competitors that have undertaken to challenge the market power of the dominant firm. The intent of disciplinary actions is to convince the target of the actions to cease a particular practice, rather than to eliminate or exclude it from the market. However, the effect on competition can be the same as elimination of a rival if the disciplining eliminates the competitive threat. Consider the example of a competitor seeking to obtain market share by lowering its prices. The dominant firm reacts by engaging in a predatory pricing strategy, aimed not at eliminating the competitor, but rather at compelling it to resume pricing at previous levels.

The Bureau has received a number of complaints regarding the pricing practices of some grocery retailers. In general, these complaints allege that a retailer is engaged in predatory conduct aimed at eliminating or disciplining competitors. This predatory conduct usually involves either low prices on frequently purchased items or low prices offered by a new retail grocery entrant (geographic price discrimination) on a broad selection of SKUs.[10]

Situations arise where there is intense competitive rivalry in a market between large retailers who can exploit lower cost structures associated with their size and buying power. Often such rivalry imposes significant pressure on smaller retailers who must also compete in the market. This pressure can result in a loss of market share or even the exiting of higher cost competitors from the market. This consequence, however, is not the basis for concluding that there has been an abuse of dominance as it has come about as a result of competition rather than as a result of a strategy by the larger competitors to discipline or eliminate smaller competitors.

The Bureau has also received complaints related to predatory pricing following a large scale entry by a supermarket in a geographic market. As well, suppliers have complained that the entrant was permitted a "new store discount" for a period of up to a year.

In cases of low prices offered by a new retail grocery entrant on a larger selection of SKUs, the Bureau focuses on prices in relation to costs, as well as on typical mark-ups for that particular retail format in other geographic markets in order to judge whether prices are predatory. The Bureau has done

---

[10] The Bureau has on several occasions established that a dominant retailer sold a number of SKUs at below cost. However, it concluded that the competitive impact in a retail grocery market of loss leaders with sales involving less than 50 SKUs, in a store stocking 17,000-23,000 SKUs, was too limited to meet the substantial lessening requirement of section 79 of the Act. This assessment is done on a case by case basis.

extensive price comparisons between areas to establish that the lower post-entry prices do not cross the predatory threshold.

While the Bureau generally accepts that most large scale retail grocery entrants incur losses in the first six months, it is also of the view that, subsequent to the first six months, significant deviations from normal mark-ups and pricing strategy to cover costs are direct evidence of predatory pricing.

Below cost pricing may also be permissible in other circumstances. The case law requires the Bureau to take business justifications for below cost pricing into consideration.[11] For example, it may be reasonable for a company to sell excess, obsolete or perishable goods, or products for which demand is shrinking at below-cost prices. In the case of temporary cost increases or demand decreases, a firm may use below-cost pricing to retain existing customers or to build inventory in anticipation of increased business in the future. Companies may use below-cost promotional pricing to induce customers to try a new product. In each case, the Bureau considers the particular competitive context of the pricing in question, with no single factor predominating.

The following outlines how the Bureau examines alleged predation on a preliminary basis under an avoidable cost test.

- At the outset, where specific allegations of predation are made by a complainant, the Bureau generally reviews the matter under the predatory pricing criminal provision (paragraph 50(1)(c)) of the Act. However, a final decision on which provision under the Act the Bureau will proceed is not made before all the relevant facts have been gathered.[12]

- After defining the relevant markets, and determining that the dominant firm(s) may possess market power, the Bureau considers whether the complainant is profitable enough to continue on as an on-going business. If the complainant remains profitable in spite of the alleged predation, the complainant is unlikely to exit from the market. Where profitability is declining the Bureau will require evidence from the complainant that the decline is attributed to the alleged predator. To assess the profitability issue relatively quickly, the Bureau uses information from a single store and analyzes the profits of various product bundle scenarios.

- There are several key factors to consider in each product bundle scenario. Cost data at the store level is typically in the form of acquisition cost. From the acquisition cost data, the Bureau will add estimates of other avoidable costs (eg. variable portions of labour cost, rent and general expenses such as utility costs, grocery bags, etc.) and subtract estimates of certain revenues (eg. advertizing allowances, cash discounts, etc.) to arrive at an estimate of total

---

[11] R. v. *Consumers Glass Co.* (1981), 33 O.R. (2d) 228. Also see *Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.*, Ontario Court of Justice (General Division), October 9, 1998, unreported, a private action brought under section 36 of the *Competition Act*.

[12] Whether the complaint is reviewed under the criminal predatory pricing provision or the civil abuse of dominance provisions the analysis is similar.

avoidable cost. These calculations provide an estimate of the profitability of the bundle (i.e. price above or below avoidable cost). Lastly, the Bureau will consider the product bundle scenarios for a range of time periods.

- Unless the product bundle scenarios demonstrate that the complainant is profitable and is pricing most of its goods above cost, the Bureau repeats the same exercise with the alleged predator's cost information. In this case, if the alleged predator is pricing most of its goods below cost, then the Bureau will apply a full avoidable cost analysis.

5.2.3 Interdependence or Tacit Collusion Among Firms: Facilitating Practices

The abuse of dominance provisions recognize that firms who have legitimately obtained a dominant position in a market through superior competitive performance are free to exercise their market power, provided that they do not engage in abusive activities designed to eliminate or restrict competition. However, in markets where a small number of competitors account for a significant proportion of the market and barriers to entry make it difficult for other competitors to enter or expand in the market, there is increased concern that incumbent firms could create market dominance through co-ordinated activities. This could constitute an anti-competitive act through the creation of market power and could substantially lessen or prevent competition in the relevant markets.

Facilitating practices enhance the ability of firms to coordinate their behaviour in order to increase or maintain prices. Thus, a group of firms would employ facilitating practices to ensure cooperation of members in order to sustain the group's joint dominance in the relevant market(s). Typically, such practices assist firms in monitoring each other to ensure that no one "cheats" on an arrangement or allow firms to more effectively punish such deviations.

Examples of this behaviour include pre-announcing price increases, publicizing price lists, category management and engaging in delivered pricing. The latter can involve uniform delivered prices, whereby firms charge the same delivered price to all customers regardless of location. Alternatively, firms can adopt the same base points from which transportation costs are added. Both forms of delivered pricing simplify price lists and result in customers facing the same price from each firm, thus making pricing more transparent to other firms and facilitating coordinated behaviour. Unless a series of facilitating practices are present in the market, the Bureau will not likely pursue the case.

Contractual arrangements can also be used to enhance transparency and to allow for more effective punishments. "Meet-or-release" clauses can alert a firm to price cutting by other firms, thereby facilitating detection of deviations. These clauses also provide for punishment by allowing the firm to match the offer, thus preventing the price cutter from making the sale.

Similar practices incorporate stronger punishments, such as a firm promising to beat any rival's price by 10 percent. Most "favoured customer" clauses effectively commit a firm to punishing itself for offering a selective price cut to a particular customer, since that price cut would have to be offered to all customers

with similar clauses. Thus, these clauses can deter selective price cuts and stabilize interdependence among oligopolists.

There has been no evidence to date to suggest that this sort of co-ordinated behaviour is ongoing within the grocery sector. However, given the evolving nature of this sector, the Bureau has given priority to remaining apprised of any changes in the structure of the sector and of any emerging trends in the market that might facilitate greater co-ordination between competitors.

5.2.4 Other Matters

Similar to allegations of predatory pricing previously discussed, alleged anti-competitive acts by a dominant firm are frequently reviewed under other specific provisions of the Act. As a rule of thumb, where a specifically alleged anti-competitive act falls under a specific provision of the Act, the Bureau will generally examine the behaviour under that provision. However, the final decision on which provision under the Act the Bureau will proceed is not made before all the relevant facts have been gathered. Other specific provisions to review dominant firm(s) conduct include: alleged anti-competitive pricing practices under price discrimination, paragraph 50(1)(a), or under price maintenance, section 61, as well as the conspiracy provision under section 45.

5.3 Substantial Prevention or Lessening of Competition

Paragraph 79(1)(c) of the Act imposes a requirement of proof that the business conduct has had, is having, or is likely to have, an effect of "preventing or lessening competition substantially." The focus is placed squarely on competition rather than on individual competitors. In any given case, the final determination of whether competition has been substantially lessened or prevented will depend on the degree of dominance, the nature and severity of the anti-competitive acts and the degree of competition remaining in the market. In general, the Bureau will focus on a variety of indicators to determine the impact of anti-competitive activities on competition. These include level of choice or product variety, quality and innovation and the impact on consumer price levels.

In order to illustrate the approach taken by the Bureau in the investigation of Canadian grocery sector complaints, a series of hypothetical case studies has been included in Appendix III of the Bulletin.

6. Remedies

6.1 Alternative Case Resolutions

Where appropriate, the Commissioner will open discussions to try to obtain voluntary compliance with the law; this may be all the action required to correct the situation. A more formal solution would involve the registration of a consent agreement with the Tribunal where all parties agree to a solution that will restore competition in the marketplace. In most circumstances the Bureau's preference would be to have any proposed remedy agreed upon by the parties registered with the Tribunal pursuant to a consent agreement. However, resolution of these matters are dealt with on a case-by-case basis.

In instances where an alternative (to litigation) course of action has been adopted by the parties to resolve the competition issues, the Bureau will make the resolution public to ensure that the process remains transparent and that all interested parties have been informed of the fact that the matter has been resolved.

6.2 Interim Orders

Section 103.3 of the Act provides the Tribunal with the authority, on an *ex parte* application by the Commissioner, to issue an Interim Order or 'temporary order' to prevent irreparable harm to competition or to a competitor, while an inquiry by the Commissioner is still underway. Temporary orders are limited to a maximum of 80 days, unless the Tribunal is satisfied that the Commissioner has sought and not received information necessary for the Commissioner to complete his inquiry. The Bureau will use section 103.3 of the Act in a cautious manner in the course of its investigations.

An interim order pursuant to section 104 of the Act may also be available once an application for remedial order is filed with the Tribunal.

6.3 Remedial Orders

The Bureau will pursue contested proceedings in cases where the resolution of the issues on a consent basis is considered inappropriate.[13] In such circumstances, the Bureau will file an application before the Tribunal for remedial orders. The Tribunal has a number of remedies at its disposal to overcome the effects of anti-competitive acts and restore competition. The most common remedy is an order that requires the termination of the anti-competitive conduct. If the Tribunal believes further remedial action is necessary, it may issue an order to take any actions, including the divestiture of assets or shares, which are reasonable and necessary to overcome the effects of the anti-competitive acts. [14]

6.4 Limitations and Exceptions

Subsection 79(3) of the Act places a limitation on the scope of an order under subsection 79(2) of the Act, in order to provide an additional safeguard protecting the rights of persons against whom an order is directed. The intent here is that an order should restore competition, but not exceed that objective.

Subsection 79(4) of the Act requires the Tribunal to consider whether the lessening of competition is attributable to the superior competitive performance of the dominant firm or firms. It does not call upon the Tribunal to balance superior competitive performance against the effects of anti-competitive acts. Superior competitive performance is only a factor to be considered in determining the cause of the lessening of competition rather than a justifiable reason for engaging in an anti-competitive act.

Exclusive rights provided by intellectual property law do not of themselves constitute abusive conduct by a dominant firm. Subsection 79(5) of the Act is intended to ensure that the legitimate use of intellectual

---

[13] *Conformity Continuum Information Bulletin*, p. 10.

[14] Subsection 79(2) of the Act.

property rights does not constitute an anti-competitive act. However, abuse of those rights could result in a violation of section 79 of the Act.

Subsection 79(6) of the Act clarifies the point that no action can be taken against an anti-competitive act by a dominant firm or group of firms three years after the practice has ceased.

Subsection 79(7) of the Act requires the Commissioner to choose between the conspiracy, the merger or the abuse of dominance provisions when electing to proceed with either a referral to the Attorney General of Canada (alleging criminal conspiracy) or an application before the Tribunal (under the civil provisions). The choice of which provision to pursue will depend on the facts of each case.

7. Competition Bureau Contact

For further information or for copies of this publication, please contact the Competition Bureau's Information Centre.

Information Centre
Competition Bureau
Industry Canada
50 Victoria Street
Gatineau QC K1A 0C9

Tel.: (819) 997-4282
Toll-free: 1-800-348-5358
TDD (for hearing impaired): 1-800-642-3844
Fax: (819) 997-0324
Fax-on-demand: (819) 997-2869

Web site: www.cb-bc.gc.ca
E-mail: compbureau@ic.gc.ca

Appendix I

The Abuse of Dominance Provisions of the Competition Act (Sections 78 and 79)

78.(1) For the purposes of section 79, "anti-competitive act", without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer's entry into, or expansion in, a market;
(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;
(c) freight equalization on the plant of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;
(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;
(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;
(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;
(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;
(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market;
(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor ;
(j) acts or conduct of a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, that are specific under paragraph (2)(a); and
(k) the denial by a person operating a "domestic service", as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, of access on reasonable commercial terms to facilities or services that are essential to the operation in a market of "an air service", as defined in that subsection, or refusal by such a person to supply such facilities or services on such terms.

(2) the Governor in Council may, on the recommendation of the Minister (of Industry) and the Minister of Transport, make regulations :
(a) specifying acts or conduct for the purpose of paragraph 1(j); and

(b) specifying facilities or services that are essential to the operation of an air service for the purpose of paragraph (1)(k).

79. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that:

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
(c) the practice has had, is having, or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

(3) In making an order under subsection (2), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

(3.1) Where the Tribunal makes an order under subsection (1) or (2) against an entity who operates a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, it may also order the entity to pay, in such manner as the Tribunal may specify, an administrative monetary penalty in an amount not greater than $15 million.

(3.2) In determining the amount of an administrative monetary penalty, the Tribunal shall take into account the following:

(*a*) the frequency and duration of the practice;

(*b*) the vulnerability of the class of persons adversely affected by the practice;

(*c*) injury to competition in the relevant market;

(*d*) the history of compliance with this Act by the entity; and

(*e*) any other relevant factor.

(3.3) The purpose of an order under subsection (3.1) is to promote practices that are in conformity with this section, not to punish.

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Patent Act*, *Trademarks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.

(6) No application may be made under this section in respect of a practice of anti-competitive acts more than three years after the practice has ceased.

(7) No application may be made under this section against a person
(a) against whom proceedings have been commenced under section 45, or
(b) against whom an order is sought under section 92 on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in the proceedings under section 45 or 92, as the case may be.

79.1 The amount of an administrative monetary penalty imposed on an entity under subsection 79(3.1) is a debt due to Her Majesty in right of Canada and may be recovered as such from that entity in a court of competent jurisdiction.

Appendix II

List of Economic Papers Commissioned by The Competition Bureau*

1. Dr. Guofu Tan: ***The Economic Theory of Vertical Restraints***

2. Dr. Jean-Francois Wen: ***Market Power in Canadian Grocery Retailing: Assessing the Evidence for Canada***

3. Dr. J. Stephen Ferris: ***Alternative Approaches to Vertical Constraints: Theoretical Models and Current Practices [in Grocery Retailing]***

* These papers are available on the Bureau's Web site at http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02318e.html#ii

Appendix III

Hypothetical Case Studies

Hypotheticals Case Studies presented below are factually limited and the analysis that follows each one of them is a possible course of action which the Bureau may take.

EXAMPLE 1: SLOTTING ALLOWANCES

Biggie Foods, a manufacturing and retailing conglomerate, is charging slotting allowances for carrying other manufacturer's goods in its retail stores. Superb Coffee, a coffee manufacturer, claims that the amount of money that Biggie Foods demands for slotting allowances for carrying Superb Coffee's products in its stores is excessive. Biggie Foods is also demanding a fixed annual allowance that is independent of Superb Coffee's sales in Biggie Foods' stores. Even if Superb Coffee sells only one package of its coffee through Biggie Foods, it still has to pay the same amount annually.

Biggie Foods produces goods sold mostly as house brands within its stores, including coffee. Over the past decade, the company has invested heavily on its information system in order to manage its inventory much more efficiently. For example, the company found that its slotting allowances were too low given the high cost of carrying new products. That is, if the product fails, the opportunity cost and any actual cost in carrying the products were much higher than previously calculated.

Superb Coffee finds that the higher slotting allowances are taking its toll on its margins. Eventually, Superb Coffee may have to retreat from the chain stores and focus on the smaller stores but there are relatively fewer independent retailers. Superb Coffee believes that the excessive slotting allowances are not fair but indicative of the collusive relationships between the chain stores and larger competitors of Superb Coffee. As a start, the company wants the Bureau to examine the anti-competitive effects of Biggie Foods' contracts and allowances.

ANALYSIS

Slotting allowances can generate potential benefits including (i) shifting some of the risk of product failure from retailers to manufacturers and (ii) providing a screening device for retailers to carry products with high quality. These allowances may also raise serious competition issues.

Slotting allowances contracts may be used as a strategic tool to reduce competition in the retail market. A dominant manufacturer may use slotting allowances to gain exclusive product listing from

retailers. By obtaining an exclusive product listing, the retailer enhances its market power vis-à-vis other retailers. In addition, depending on the size and scope of the market the retailer dominates, the allowances imposed by a dominant retailer may limit competition in the manufacturing market. Therefore, slotting allowances may raise rivals' costs and create, enhance or maintain market power, which can result in a substantial lessening or prevention of competition.

However, the fact that Biggie Foods is using fixed and unconditional allowances creates concerns that the allowances are not being used for simply risk sharing as the allowances should normally be expected to vary according to risk involved. Consequently, the Bureau would examine the conduct of Biggie Foods under the abuse of dominance provisions of the Act.

The analysis of the complaint requires a determination of whether Biggie Foods dominates the market for retailing coffee. Clearly, the market power of Biggie Foods has to be assessed at a number of levels. While Biggie Foods has a large national presence, it may not be as significant in certain geographic locations. Despite the fact, however, that Biggie Foods may not be dominant in some local markets, its overall market power may be sufficient to have a significant impact on the ability of Superb Coffee to sell its product and remain viable.

The impact of the allowances on Superb Coffee would also need to be assessed. Assuming Biggie Foods possesses market dominance, its ability to extract fees from manufacturers is not, by itself, contrary to the abuse of dominance provisions of the Act. Charging an allowance in addition to the risk associated with shelving the product would only be a cause for concern to the extent that action somehow lessens or prevents competition substantially.

If the allowances were such that they precluded Superb Coffee (and perhaps other manufacturers) from remaining competitive in the market, an assessment of the impact on competition of the removal of Superb Coffee (and any other manufacturers) would also be required to demonstrate that competition had been substantially lessened or prevented. Therefore, the Bureau would likely examine the conduct of Biggie Foods under the abuse of dominance provisions of the Act. It should be noted that if the slotting allowances are not fixed but are conditional, for example, based on sales performance, then the allowances are less likely to be anti-competitive. It may also be that there exists a number of coffee manufacturers who are more efficient than Superb Coffee and can absorb the conditional and not fixed slotting allowances while still remaining competitive.

EXAMPLE 2: LISTING FEES

Superb Coffee, a small coffee manufacturer, would like to enter a local market but finds that there is only one wholesaler, Smith Wholesale, serving the area. Through the use of long term exclusive contracts with its customers, Smith Wholesale has raised artificial barriers to entry. Superb Coffee

does not have sufficient sales volume to sell directly to retailers and thus requires Smith Wholesale to distribute its goods. However, Smith Wholesale is demanding listing fees for carrying Superb Coffee's products. More precisely, the fees have to be paid quarterly in order for Smith Wholesale to continue listing Superb Coffee's goods.

Wholesalers provide listing services that allow manufacturers and retailers to exchange information about product availability and prices. Listing fees are charged for this type of listing service. Superb Coffee finds the listing fee *demand* unfair as the fees are essentially payable forever. The company is willing to pay Smith Wholesale for any cost incurred if the retailers find Superb Coffee's goods not saleable. It is even willing to specify a time period for the success of its products and pay for any removable costs.

ANALYSIS

Listing fees can create potential benefits including (i) shifting some of the risk of product failure from wholesalers to manufacturers and (ii) providing a screening device for wholesalers to carry products with high quality. However, these listing fees may also raise serious competition issues similar to those identified previously under the slotting allowances case study.

Smith Wholesale, who is likely in a dominant position, is essentially asking for pay-to-stay fees in order to stock Superb Coffee's products. Similar to fixed and unconditional slotting allowances in the previous example, the listing fees in this case are likely anti-competitive since Smith Wholesale is excluding Superb Coffee from the wholesale market and may substantially lessen or prevent competition. Therefore, the Bureau would further examine the conduct of Smith Wholesale under the abuse of dominance provisions of the Act.

EXAMPLE 3: CATEGORY MANAGEMENT

Local Bubble, like all other gum manufacturers, sells its products through retailers. Since gum is typically bought on impulse, product visibility on store shelves is an important factor for any gum manufacturer to succeed. In recent years, Local Bubble has realized that its sales have been decreasing due to the actions of another gum manufacturer, Power Gum. Following the trend among retailers in using category managers, Power Gum has also started a similar category management program for retailers. In particular, Power Gum wants retailers to allocate their shelf space based on sales. For example, if Power Gum has 50% of the gum sales, then it would get 50% of the shelf space dedicated to gum.

Since Power Gum has an estimated 80% share of the gum product market at the national level, Local Bubble believes that this program is not fair because Power Gum tends to use aggregated

data, instead of local information. Power Gum has spent decades building its brand name through significant advertizing expenditures. Its brand recognition makes it difficult for rivals, such as Local Bubble, to gain market share. Local Bubble estimates that its overall market share nationally is 10%, but the company has a 50% market share in a few local markets. By using national numbers, any type of shelf space allocation scheme would be skewed in favour of Power Gum.

Power Gum claims that it has bought its information from independent sources. As a category manager, the company and the retailers have agreed that shelf space allocation should be based on sales. That is, the higher the product's sales, the more space the product receives. Retailers do not wish to allocate large portions of shelf space to products that do not sell quickly. Hence, the data is obtained from independent sources in order to gain any credibility with the retailers. While some of the data is aggregated, Power Gum has used regional data whenever possible in order to appease retailers. Clearly, there is a limit on how much the data can be disaggregated and still enable the independent sources of the data to remain confidential.

ANALYSIS

Power Gum is likely in a dominant position based on its market share and the presence of substantial barriers to entry. The practice of assigning shelf space with respect to historical data can have similar effects to those associated with exclusive dealing. A supplier becomes the exclusive dealer for a fixed amount of shelf space. There is a strong incentive for the use of this practice by Power Gum as this practice serves to maintain Power Gum's percentage of shelf space which has a direct impact on its ability to maintain its market share. Given Power Gum's dominant position and the exclusionary effect of this category management practice, the matter is likely to substantially lessen or prevent competition as it reduces the ability of competitors to expand their presence in the market. Therefore, the Bureau is likely to examine the conduct of Power Gum under the abuse of dominance provisions of the Act.

EXAMPLE 4: TIED SELLING - FRANCHISE CONTRACTS

Since commencing operations, ABC Supermarket has purchased goods from a variety of specialized wholesalers. ABC Supermarket purchases all its grocery products from Smith Wholesale except its meat and produce products because they are available at a lower price elsewhere. ABC Supermarket has also attempted to source directly from grocery manufacturers. Given its small purchase volume, ABC Supermarket cannot set up its own grocery wholesale business. In addition, no other wholesaler can economically supply the bulk of the grocery products into its area of operation. Further, an estimated 40% of ABC Supermarket's revenues come from goods supplied by Smith Wholesale.

Besides wholesaling, Smith Wholesale is also a grocery franchisor. Recently, Smith Wholesale has demanded that either ABC Supermarket becomes one of its franchises or ABC Supermarket must find a new wholesaler. To prevent any free riding and to ensure the same standard among all franchisees, the franchise contract restricts franchisees from using alternative suppliers.

ABC Supermarket finds Smith Wholesale's demands to be unreasonable. As a franchise, the independent grocer believes that it will have to raise its prices and its profits will be lower since Smith Wholesale is simply not efficient in handling perishables such as meat or produce items. Unfortunately, ABC Supermarket has no alternative source of supplies and appeals to the Bureau for assistance.

ANALYSIS

Smith Wholesale appears to be in a dominant position since it is the only grocery wholesaler able to supply the local market. The important competition issue in this case involving franchise contracts is the timing of the franchise offer since it was made after Smith Wholesale was already supplying ABC Supermarket. If Smith Wholesale made the offer before it started supplying ABC Supermarket, then ABC Supermarket is free to decide whether it is feasible to commence a business without efficient sources of supply. By having supplied ABC Supermarket, Smith Wholesale has established that ABC Supermarket has a viable business. A primary issue for the Bureau is what impact the exit of ABC Supermarket will have on competition among suppliers.

The franchise contracts of Smith Wholesale in this situation would be considered by the Bureau as constituting full-line forcing[15] or tied-selling[16], either is an anti-competitive act when engaged in by a dominant supplier. The advantage of being a franchise is that ABC Supermarket can potentially benefit from Smith Wholesale's experience and economies ranging from larger purchasing power to advertising. As a franchisee, ABC Supermarket cannot buy certain products, notably perishables, from independent wholesalers and manufacturers as it did in the past. This franchising practice by Smith Wholesale may have exclusionary effects as ABC Supermarket's former suppliers will be excluded. The practice is likely to substantially lessen or prevent competition since it reduces the number of competitive suppliers in this market. In this situation, the Bureau would likely examine the conduct of Smith Wholesale under the abuse of dominance provisions of the Act.

---

[15] Full-line forcing means that a manufacturer requires retailers to stock each of its products.

[16] Tied-selling exists when a supplier, as a condition of supplying a particular product, requires or induces a customer to buy a second product.

Bureau de la concurrence

Bulletin d'interprétation

L'application des dispositions sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*) dans le secteur canadien de l'alimentation

Novembre 2002

Sommaire

1. But et portée de ce bulletin 1

2. Le secteur canadien de l'alimentation 2

3. Abus de position dominante 2

4. Cadre institutionnel de l'application de la loi 3

5. Les éléments de l'abus de position dominante 4

5.1 Dominance sur le marché 5

5.1.1 La définition des marchés pertinents 5

5.1.2 L'évaluation de la puissance commerciale 7

5.1.3 Part de marché 8

5.1.4 Obstacles à l'entrée 8

5.2 Agissements anticoncurrentiels : article 78 9

5.2.1 Augmenter les coûts des rivaux 10

5.2.1(a) Accords exclusifs 10

5.2.1(b) Frais d'étalage et autres frais de listage 12

5.2.2 Conduite d'éviction 13

5.2.3 Interdépendance ou collusion tacite entre entreprises : pratiques facilitantes 16

5.2.4 Autres affaires 17

5.3 Empêchement ou diminution sensible de la concurrence 17

6. Mesures correctives 18

6.1 Autres instruments de règlement des cas 18

6.2 Ordonnances provisoires 18

6.3 Ordonnances correctives 19

6.4 Limitations et exceptions 19

7. Comment joindre le Bureau de la concurrence 20

Annexe I : Les dispositions de la Loi sur la concurrence concernant l'abus de position dominante (articles 78 et 79) 21

Annexe II : Analyses économiques commandées par le Bureau de la concurrence 24

Annexe III : Études de cas hypothétiques 25

1. But et portée de ce bulletin

Ce document est publié dans le but de mieux faire comprendre au secteur de l'alimentation la façon dont le Bureau pourrait mettre en application les dispositions sur l'abus de position dominante. Il a aussi pour objet de dissuader les agissements anticoncurrentiels dans le secteur de l'alimentation en encourageant la conformité à la loi.

Le secteur canadien de l'alimentation est un des secteurs clés de l'économie canadienne. Les épiceries sont une nécessité pour toutes les Canadiennes et tous les Canadiens et un tel secteur attire une attention considérable. Devant la consolidation et l'intégration verticale, les participants du secteur ont de plus en plus de préoccupations concernant une augmentation possible d'abus de position dominante. Ces préoccupations ont donné lieu à des appels provenant d'intervenants afin d'apporter des modifications aux dispositions sur l'abus de position dominante de la *Loi sur la concurrence* (la «Loi») visant expressément le secteur de l'alimentation. La réponse du Bureau de la concurrence (le «Bureau») a deux volets. Premièrement, le Bureau continue d'examiner soigneusement les fusionnements et les plaintes alléguant des agissements anticoncurrentiels se rapportant à cet important secteur de l'industrie. Deuxièmement, le Bureau croit qu'aucune modification à la Loi traitant du secteur de l'alimentation n'est requise.

L'objectif de ce bulletin est de clarifier la façon, selon sa politique de mise en application, dont le Bureau traite les allégations voulant qu'une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises dominantes dans le secteur de l'alimentation nuisent à la concurrence en abusant d'une puissance commerciale. L'approche du Bureau pour mettre sa politique de mise en application de la loi se fonde sur les dispositions comprises dans la Loi, ainsi que sur la jurisprudence, les recherches universitaires et l'expérience pratique en matière de mise en application de la loi. Le présent bulletin ne s'écarte en rien de l'approche de mise en application décrite dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (*articles 78 et 79 de la* Loi sur la concurrence), qui ont été publiées en juillet 2001.

En plus de publier le présent bulletin, le Bureau a commandé trois analyses économiques de fond visant des questions connexes. Leurs titres figurent à l'annexe II de ce bulletin et on peut en trouver copie dans le site Web du Bureau à www.cb-bc.gc.ca.

2. Le secteur canadien de l'alimentation

Le secteur canadien de l'alimentation comprend la production et l'importation de produits alimentaires, la vente en gros et la distribution au détail. Actuellement, l'élément de distribution au détail de ce secteur accapare plus du quart de tout le commerce au détail au Canada, soit près de 60 milliards de dollars par année.[1] Les fusionnements ont augmenté au cours de la dernière décennie dans ce secteur. C'est au point où le Bureau estime que les quatre plus grandes chaînes de supermarché contrôlent maintenant environ 75 p. 100 de toutes les ventes canadiennes des magasins d'alimentation.

Dans chaque segment du marché, des concurrents interviennent à divers paliers, que ce soit à l'échelle locale, régionale ou nationale. Certaines entreprises se spécialisent dans un segment donné du secteur de l'alimentation tandis que d'autres, comme les grands détaillants, détiennent des chaînes de magasins et disposent de leurs propres opérations de distribution et de vente en gros.

Certaines des plus grandes chaînes de détaillants bonifient leur offre en ajoutant aux marques reconnues une gamme de produits exclusifs emballés et commercialisés sous leur propre marque. De concert avec ses grandes chaînes existent des épiciers indépendants plus petits n'ayant pas les ressources pour développer leur propre marque de commerce. Un certain nombre de ces détaillants ont joint des groupes d'achat ce qui leur permet d'obtenir auprès des fabricants des escomptes de volume basés sur la combinaison du volume d'acquisition des groupes d'achat.[2]

Par conséquent, le secteur canadien de l'alimentation comprend un éventail de concurrents, depuis les entreprises indépendantes ayant des rapports commerciaux normaux avec leurs fournisseurs jusqu'aux entreprises entièrement intégrées ayant d'importantes activités commerciales dans tous les domaines du secteur. Dans certains cas, les entreprises intégrées fournissent leurs concurrents indépendants. Par exemple, des grossistes appartenant aux chaînes de détaillants peuvent également fournir des détaillants indépendants. L'application de la politique de la concurrence au secteur de l'alimentation doit tenir compte de ces relations horizontales et verticales entre entreprises.

3. Abus de position dominante

L'abus de position dominante survient lorsqu'une entreprise qui est dominante sur un marché – ou un groupe d'entreprises qui est dominant – se livre à des agissements visant à éliminer ou à discipliner un concurrent ou un groupe de concurrents et à dissuader l'entrée de nouveaux concurrents. Ces agissements ont pour effet soit de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence.

---

[1] Jean Francois Wen, Le pouvoir de marché dans l'alimentation au détail : analyse des données sur le Canada, p 1.

[2] Les enjeux concurrentiels impliquant des groupes d'achat sont généralement examinés par le Bureau en vertu de la disposition sur la discrimination par les prix (alinéa 50(1)*a)*) de la Loi. Pour de plus amples renseignements concernant la position du Bureau relativement aux groupes d'achat, veuillez consulter les Lignes directrices pour la mise en application de la loi - discrimination par les prix dans notre site Web à http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01140f.html. De plus, les enjeux concurrentiels impliquant des groupes d'achat pourraient aussi être examinés en vertu de la disposition sur les complots (article 45) de la Loi.

Les dispositions sur l'abus de position dominante n'ont pas pour but de réglementer les prix mais plutôt d'assurer un traitement approprié des agissements anticoncurrentiels ce qui, dans ce contexte, signifie des efforts pour maintenir ou consolider une puissance commerciale au moyen d'activités visant à exclure, évincer ou à discipliner des concurrents.

Il est évident que des entreprises à tous les paliers du secteur de l'alimentation ont besoin d'une chance équitable de livrer concurrence sur le marché. Lorsqu'il y a une dominance du marché, une entreprise ou un groupe d'entreprises disposent d'une puissance commerciale suffisante pour exercer un contrôle important sur le marché. Dans ces cas, un examen rigoureux des activités de l'entreprise dominante ou du groupe d'entreprises dominant s'impose pour déterminer leur impact sur les petites et moyennes entreprises qui, souvent, constituent la seule concurrence efficace sur le marché.

Par exemple, les entreprises manufacturières dominantes peuvent être en mesure d'abuser de leur position à l'égard des distributeurs ou des détaillants au point où il peut être extrêmement difficile pour les plus petits fabricants de pénétrer le marché ou d'y développer leurs activités. En ce qui concerne le commerce au détail, les entreprises dominantes peuvent empêcher des détaillants de moindre envergure d'obtenir les produits dont ils ont besoin pour livrer concurrence. Des problèmes éventuels peuvent également survenir lorsque les agissements d'une entreprise dominante à un niveau donné du secteur de l'alimentation ont des répercussions directes pour la concurrence à d'autres niveaux du secteur.

Puisque les participants du marché varient en termes de taille et de ressources, il est important de noter que les dispositions sur l'abus de position dominante ne visent pas à protéger d'une concurrence légitime sur le marché. Elles ne sont pas non plus conçues pour assurer que toutes les entreprises continuent à prospérer sur le marché. Ces dispositions visent plutôt à permettre aux entreprises de toute taille d'avoir une chance honnête de participer sur le marché. De cette façon, le marché peut offrir aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix de produits.

Le Bureau joue son rôle sur une base impartiale en examinant les plaintes qui répondent aux éléments de l'article 79 de la Loi.

4. Cadre institutionnel de l'application de la loi

Le commissaire de la concurrence (le «commissaire») est responsable des enquêtes en vertu de la Loi et il dispose d'importants pouvoirs à cet égard. Le Tribunal de la concurrence (le «Tribunal») est responsable des décisions à l'égard des dispositions civiles de la Loi, y compris des dispositions sur l'abus de position dominante.

Seul le commissaire peut déposer une demande d'ordonnance corrective au Tribunal en vertu de l'article 79 de la Loi. De même, le Tribunal ne peut examiner une affaire en vertu de l'article 79 de la Loi que sur demande du commissaire. Lorsqu'une demande a été soumise au Tribunal, il appartient au commissaire de convaincre le Tribunal que tous les éléments de l'article 79 de la Loi sont réunis (voir la

partie 5 ci-dessous) et que le Tribunal devrait rendre une ordonnance. En d'autres termes, le commissaire ne peut directement contraindre une entreprise à modifier des comportements commerciaux. Il doit plutôt assumer le rôle de partie au litige devant le Tribunal et produire des éléments de preuve qui justifient une ordonnance. Dans les cas contestés, le commissaire peut déposer une demande au Tribunal requérant une mesure corrective. Dans une telle situation, les *Règles du Tribunal de la concurrence* requièrent une audience publique. Cette dernière est limitée par certaines règles de confidentialité afin de protéger les renseignements commerciaux de nature délicate. Les tierces parties ayant un intérêt peuvent faire une demande d'intervention lors d'une telle audience. Les procédures sont régies par les *Règles du Tribunal de la concurrence*, ce qui inclut les procédures pour la comparution des témoins ainsi que la production des éléments de preuves documentaires lorsque l'affaire se déroule sur une base contestée.

Une alternative au litige devant le Tribunal est le consentement. Le commissaire peut enregistrer un consentement au Tribunal, lorsqu'il est convaincu qu'il existe des motifs de demander une ordonnance au Tribunal et que la partie intimée convient avec lui de présenter au Tribunal une mesure corrective au problème de concurrence en cause.[3]

5. Les éléments de l'abus de position dominante

Le paragraphe 79(1) de la Loi précise trois éléments essentiels de l'abus de position dominante. Le Tribunal doit en vérifier la présence avant de rendre une ordonnance.[4] En l'occurrence, le Tribunal doit constater que :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

On discute à tour de rôle de ces éléments aux sections 5.1, 5.2 et 5.3 ci-dessous.

---

[3] Le consentement porte sur le contenu d'une ordonnance du Tribunal (paragraphe 105(2) de la Loi).

[4] Voir l'annexe 1.

5.1 Dominance sur le marché

L'alinéa 79(1)*a*) de la Loi traite de la dominance sur le marché. Conformément à la jurisprudence du Tribunal, le Bureau considère la dominance sur le marché comme étant synonyme de puissance commerciale – c'est-à-dire l'aptitude de maintenir de façon rentable les prix à un niveau supérieur au niveau concurrentiel pendant une période importante, soit habituellement un an. La dominance sur le marché peut se produire lorsqu'une ou plusieurs entreprises ont un pouvoir d'achat (monopsone) ce qui veut dire la capacité de maintenir de façon rentable les prix au-dessous des niveaux concurrentiels pendant une période de temps non transitoire. Cependant, la loi ne suppose pas que la simple existence de puissance commerciale constitue un motif suffisant pour une ordonnance du Tribunal car le fait de pratiquer des prix au-dessus du niveau concurrentiel n'est pas en soi suffisant pour justifier une demande en application de l'article 79 de la Loi.

5.1.1 La définition des marchés pertinents

Pour évaluer la puissance commerciale, il faut d'abord préciser les marchés pertinents et les concurrents actuels qui sont susceptibles de limiter la capacité de l'entreprise ou des entreprises d'augmenter les prix de façon rentable ou de limiter la concurrence. Ce faisant, le Bureau peut faire face à deux situations différentes : premièrement lorsqu'il y a seulement un produit en cause et deuxièmement lorsqu'il y a un large éventail de produits impliqués.

Le Bureau définit « catégorie ou espèce d'entreprises » comme étant synonyme de marché du produit pertinent.[5] Il examine d'abord le marché ou les marchés du produit où l'abus de position dominante allégué a eu lieu ou a lieu. Comme pour d'autres aspects du droit de la concurrence, le Bureau tente ensuite de déterminer si la concurrence d'autres sources d'approvisionnement du produit limite la capacité de l'entreprise ou des entreprises en cause d'exercer une puissance commerciale. Il se penche en particulier sur l'existence d'éventuels proches substituts du produit ou des produits en cause, que les acheteurs pourraient choisir si le prix du produit dépassait sensiblement les niveaux concurrentiels pendant une période de temps non transitoire. En général, on tient compte de toute augmentation du prix réel de 5 p. 100 au-dessus des niveaux concurrentiels et une période d'un an est considérée comme significative et non transitoire.

L'analyse des concurrents et des substituts existants comporte également une dimension géographique. Le Bureau prend en considération l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » pour déterminer le marché géographique pertinent.[6]

---

[5] *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet* [1990], 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence) [ci-après *NutraSweet*]. Dans cette affaire, le Tribunal de la concurrence a conclu que la délimitation d'une « catégorie ou espèce d'entreprises » équivaut à définir un marché de produit pertinent.

[6] Dans *NutraSweet*, le Tribunal a souligné que le marché géographique pertinent englobe « une région [qui] est suffisamment à l'abri des tensions suscitées par les prix émanant d'autres régions pour que ses caractéristiques particulières permettent d'imposer des prix qui diffèrent sensiblement pendant une période donnée de ceux des autres régions».

Les augmentations de prix ne sont pas le seul indicateur utilisé pour définir les marchés pertinents. Le Bureau examine aussi plusieurs facteurs qualitatifs lorsqu'il détermine les définitions du produit approprié et du marché géographique. Ceci inclut, mais ne se limite pas, aux opinions, aux stratégies et au comportement des consommateurs et des concurrents, des fournisseurs et d'autres participants du marché, aux caractéristiques physiques et techniques du produit et aux coûts que les acheteurs devraient défrayer afin de transférer leurs achats d'un fournisseur à l'autre.

Les définitions de marché sont vraiment dépendantes de facteurs précis d'une situation particulière. Par exemple, des plaintes impliquant la capacité d'un fabricant d'obtenir un espace d'étalage approprié dans des magasins au détail ou de distribution au gros permettent, à l'aide de méthodologies traditionnelles, de définir la dimension de produit et la dimension géographique du marché pertinent. Habituellement, il est clair quels produits sont touchés, quels sont les proches substituts du produit et quelles sont les dimensions géographiques du marché.

Ce qui suit démontre la façon dont le Bureau définit actuellement les marchés pertinents parmi les commerces à produits multiples comme les détaillants dans le secteur alimentaire.

Les détaillants de produits multiples présentent un défi sur la façon dont ils peuvent vendre des milliers de produits couvrant un large éventail d'articles et de services. Dans de tels cas, l'analyse utilisée pour définir le marché pertinent décrite dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (*articles 78 et 79 de la* Loi sur la concurrence) pour une entreprise ayant un produit unique devient plus compliquée. La plus grande complication consiste à déterminer la façon dont les détaillants alimentaires de produits multiples sont comparables afin de les inclure sur le même marché pertinent du produit.

L'approche actuelle du Bureau pour définir les marchés pertinents pour les détaillants à produits multiples met premièrement l'accent sur deux détaillants situés à proximité l'un de l'autre et puis étudie chaque offre de produits des détaillants comme les produits probables du marché pertinent. Ce faisant, chaque détaillant sera considéré comme représentant un produit distinct différencié par certaines caractéristiques comme le choix de produits, l'emplacement, le service, etc. Le Bureau détermine ensuite l'effet concurrentiel que chaque détaillant a l'un sur l'autre par le biais d'une analyse statistique des profits de chaque détaillant, des normes de services dans le domaine de l'établissement des prix et d'autres variables concurrentielles mesurables. Lorsqu'un lien statistique significatif existe entre les détaillants, ils seront inclus dans le même marché géographique et dans le même marché de produit pertinents. Le Bureau continuera son analyse en examinant d'autres offres et emplacements d'autres détaillants de produits jusqu'à ce qu'il considère que tous les détaillants qui se livrent concurrence en offrant ces produits soient inclus dans le marché pertinent.[7]

---

[7] Une méthodologie semblable a été utilisée par le défendeur dans le fusionnement proposé entre Staples et Office Depot en 1997. Le fusionnement impliquait les deux plus grandes chaînes de grands magasins de fourniture de bureau aux États-Unis. Comme ces magasins ont en inventaire une grande variété d'articles, une analyse statistique de la définition du marché aurait été difficile puisque les concurrents possibles, petits et grands, auraient été trop nombreux. L'étude empirique du défendeur était fondée sur la façon dont la marge de profit de chaque magasin était affectée après l'entrée d'un magasin concurrent dans le marché.

L'approche du Bureau concernant les définitions du marché est simplement un point de départ dans un but analytique.[8] C'est une technique qui peut s'adapter à des marchés en changement. Comme c'est le cas dans plusieurs secteurs de l'économie canadienne, les définitions de marché peuvent changer si les produits évoluent, si de nouveaux substituts sont introduits, si les habitudes des consommateurs changent et s'il y a des innovations.

5.1.2 L'évaluation de la puissance commerciale

Une fois que le Bureau a précisé quels sont les concurrents existants et d'autres facteurs pertinents, il doit évaluer la mesure dans laquelle ils limitent toute puissance commerciale dont pourraient autrement jouir la ou les entreprises dominantes. Le Bureau considère que contrôle est synonyme de puissance commerciale; celle-ci est définie comme la capacité de fixer de façon rentable des prix supérieurs (ou inférieur dans un cas de monopsone) aux prix concurrentiels pendant une période prolongée. La puissance commerciale peut également être définie selon la capacité de maintenir une réduction importante de certains autres facteurs de concurrence comme le service, la qualité, la variété, la publicité et l'innovation. Aux fins de discussion et par soucis de clarté, la puissance commerciale est considérée ici par rapport aux augmentations de prix, mais elle peut également toucher des facteurs de concurrence autres que le prix.

Comme il est difficile de mesurer directement la puissance commerciale, le Bureau se fonde normalement sur un certain nombre d'indices, tant qualitatifs que quantitatifs. On peut retrouver parmi eux, entre autres, les éléments suivants :

- la part de marché, incluant sa stabilité et sa répartition;
- les obstacles à l'entrée, y compris les agissements allégués auxquels la ou les entreprises dominantes pourraient se livrer;
- d'autres caractéristiques du marché, y compris l'ampleur des changements technologiques ou l'importance de la capacité excédentaire et le pouvoir compensateur des clients ou des fournisseurs.

Comme nous l'avons noté plus tôt, l'évaluation de la puissance commerciale au niveau du détail implique aussi une analyse des effets concurrentiels unilatéraux que chaque magasin possède sur un marché.

---

[8] Pour les entreprises à produits multiples, les définitions prédéfinies de marchés pertinents (basées sur la grandeur d'un magasin, les limites de l'emplacement prévues par des habitudes de magasinage), sont très utiles pour une analyse initiale rapide des cas impliquant de nombreux marchés comme un fusionnement de chaînes d'épiceries où il y a plusieurs magasins sur plusieurs marchés locaux.

5.1.3 Part de marché

L'approche générale du Bureau à l'égard de la part de marché est la suivante :

- une part de marché d'une seule entreprise inférieure à 35 p. 100 ne suscite généralement pas de préoccupation liée à l'exercice d'une puissance commerciale ou à la dominance;
- une part de marché d'une seule entreprise de 35 p. 100 ou plus entraînera généralement plus ample examen;
- lorsqu'une allégation voulant qu'un groupe d'entreprises exerce une dominance conjointe, une part de marché combinée de 60 p. 100 ou plus entraînera généralement plus ample examen.

Le Bureau préfère utiliser les chiffres d'affaires pour évaluer les parts de marché dans le secteur de l'alimentation au détail. Cependant, en l'absence de données sur les chiffres d'affaires, il les évalue selon la capacité, prenant en considération soit la superficie de vente d'un magasin, soit sa superficie totale ou les deux. Le Bureau reconnaît que les parts de marché évaluées selon des dimensions physiques sont des indicateurs imparfaits de la puissance commerciale puisque les magasins peuvent avoir des aménagements différents qui n'ont pas tous la même capacité commerciale. Puisqu'il n'y a pas de chiffres précis quant à la part de marché laissant supposer qu'une entreprise jouit d'une puissance commerciale, le Bureau juge qu'une forte part de marché telle que décrite ci-dessus est généralement une condition nécessaire mais non suffisante pour conclure à l'existence d'une puissance commerciale.[9]

Dans l'optique d'un contrôle exercé par une seule entreprise ou un groupe d'entreprises, l'analyse de la puissance commerciale mesure le degré auquel son exercice peut être limité par les concurrents existants (identifiés lors de l'exercice de définition du marché décrit ci-dessus) ou les concurrents éventuels (dont il sera question dans la section suivante sur les obstacles à l'entrée) ou par tout autre facteur pertinent (comme le pouvoir compensateur des clients) .

Dans les affaires contestées d'abus de position dominante soumises jusqu'à présent au Tribunal, les parts de marché des entreprises dominantes étaient de 87 p. 100 ou plus. Dans ces cas, les parts d'un quasi-monopole suggèrent que les consommateurs ont peu d'options lorsque l'entreprise dominante augmente ses prix au-delà des niveaux concurrentiels.

5.1.4 Obstacles à l'entrée

Plusieurs des activités anticoncurrentielles qui préoccupent le Bureau supposent la création ou le développement d'obstacles à l'entrée. Quelques exemples d'obstacles à l'entrée incluent des

---

[9] Le Bureau estime qu'une part du marché inférieure à 35 p. 100 ne donnera habituellement pas à penser qu'une entreprise pourrait se livrer ou s'être livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ayant pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

économies d'échelle importantes et des coûts irrécupérables (c'est-à-dire les coûts d'investissement initiaux qui ne sont vraisemblablement pas récupérables), des clauses contractuelles exigeant ou incitant l'exclusivité et de très hauts coûts de transfert pour les consommateurs. Lorsqu'il y a de faibles obstacles à l'entrée, toute tentative d'une entreprise jouissant d'une forte part de marché d'exercer une puissance commerciale est susceptible de susciter l'arrivée de nouvelles entreprises ou l'expansion d'entreprises existantes. Lors de ce processus, l'entreprise ayant une forte part de marché perd alors des clients aux mains de ses rivaux, à tel point qu'elle ne jugera pas rentable de tenter d'augmenter ses prix au-delà des niveaux concurrentiels.

En général, lorsque les obstacles à l'entrée sont élevées, il est probable qu'il y aura obstacle à l'entrée s'il existe des différences de coût absolues entre l'entreprise établie et un nouveau concurrent ou si le nouveau concurrent doit consentir des investissements qu'il ne pourra sans doute pas récupérer si son entrée n'est pas réussie. Un nouveau concurrent doit non seulement pouvoir s'établir sur le marché, mais aussi y devenir un concurrent viable.

5.2 Agissements anticoncurrentiels : article 78

Un élément essentiel des dispositions sur l'abus de position dominante en vertu de l'alinéa 79(1)*b)* de la Loi est qu'il y a ou a eu une «pratique d'agissements anticoncurrentiels». L'article 78 donne des exemples de pratiques commerciales qui constituent des agissements anticoncurrentiels. Même si la liste est vaste, elle n'est pas exhaustive. Par conséquent, le Tribunal peut se pencher sur des agissements anticoncurrentiels qui ne sont pas définis à l'article 78 et il l'a d'ailleurs fait dans plusieurs cas. Pour aider à distinguer des activités concurrentielles légitimes qui constituent un abus au sens de l'article 79, les agissements figurant à l'article 78 supposent tous un élément de finalité, d'objectif ou d'intention de miner la concurrence.

L'approche du Bureau en évaluant les éventuels agissements anticoncurrentiels dans le secteur de l'alimentation consiste à déterminer s'ils sont de nature à exclure, à évincer ou à discipliner d'autres concurrents sur le marché pertinent.

Le Bureau tente en particulier de déterminer si les activités en cause :

(i) aident à augmenter les coûts des rivaux ou à réduire leurs recettes;
(ii) supposent une conduite d'éviction visant à éliminer ou à discipliner des concurrents; et
(iii) favorisent l'interdépendance ou la collusion tacite parmi des entreprises.

Il existe dans le secteur canadien de l'alimentation une variété d'allocations, de droits et d'accords promotionnels entre fabricants, grossistes et détaillants.

Face aux préoccupations envers ce genre d'arrangements, le Bureau examine chaque situation en considérant ces circonstances particulières pour déterminer s'ils ont ou non des effets anticoncurrentiels.

S'il y a des effets anticoncurrentiels qui entraînent un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence sur le marché, le Bureau prendra les mesures nécessaires pour y remédier.

Sans connaître les détails d'un arrangement commercial en particulier, il est difficile de formuler des énoncés généraux quant aux effets d'une catégorie ou d'un genre d'arrangements. Le Bureau examine ces arrangements commerciaux dans le but de comprendre l'impact concurrentiel qu'ils ont sur le ou les marchés en cause. D'une façon générale, les genres d'arrangements qui suscitent des préoccupations pour le Bureau sont, entre autres, les «frais de listage», les «frais d'étalage», les «frais de présentation durable», les «volumes d'allocation ou les réductions de coûts acquises» et divers autres scénarios de promotion du produit.

5.2.1 Augmenter les coûts des rivaux

Pour une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises dominantes, la stratégie la plus simple pour augmenter les coûts des rivaux dans le secteur de l'alimentation consiste à conclure avec les fabricants, distributeurs ou détaillants du marché des accords qui privent les concurrents de l'accès à des ressources. Du point de vue d'un nouveau fabricant, ceci impliquerait un blocage à l'accès du système de distribution ou aux espaces d'étalage dans les magasins au détail. Une autre approche consiste à bloquer l'accès à des marques ou à des fournisseurs importants en concluant des accords exclusifs.

Lorsque la dominance a été établie sur un marché et qu'il y a allégation d'activités anticoncurrentielles, le Bureau tente de déterminer si la puissance commerciale est maintenue ou rehaussée en recourant à des activités anticoncurrentielles qui augmentent les coûts des rivaux, comme l'exclusivité, les frais d'étalage et d'autres frais de listage.

5.2.1(a) Accords exclusifs

Les détaillants peuvent demander les droits exclusifs de vendre les produits d'un fabricant au sein de leur zone d'attraction commerciale. Dans ces cas, les autres concurrents peuvent se plaindre au Bureau que ces droits exclusifs les désavantagent de façon importante. Dans un premier temps, le Bureau examinerait la nature de l'accord d'exclusivité pour déterminer s'il assure une puissance commerciale au détaillant – ou rehausserait celle dont il jouit déjà – ce qui mènerait à une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence.

Dans une situation hypothétique où un produit de base ou un groupe de produits de base au sein du panier d'épicerie du ménage sont fournis par un seul fabricant ou distributeur sur un marché donné, le fait que ce fabricant ou distributeur accorde à un détaillant ou à un groupe de concurrents du marché des droits exclusifs de vendre ce produit pourrait avoir des répercussions anticoncurrentielles importantes en limitant la capacité des autres détaillants de la région de livrer concurrence. En pareil cas, le Bureau évaluerait la disponibilité de produits substituts, l'étendue du territoire en cause, la durée de l'accord et tout autre facteur pertinent quant à la nature de l'accord d'exclusivité.

Les fabricants ou distributeurs jouissant d'une puissance commerciale du fait qu'ils contrôlent des marques importantes peuvent abuser de cette puissance en exigeant que les détaillants souhaitant vendre leur marque (ou des ensembles de produits de leur marque) refusent de vendre les produits de concurrents ou limitent le nombre de ces produits vendus dans leurs magasins. Ces genres d'accords d'exclusivité augmentent les coûts des rivaux et peuvent entraîner un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence.

Exemple

En 2000, le Bureau se préoccupait du fait que certaines pratiques d'exclusivité auxquelles se livrait un fabricant d'aliments pour bébés (le «fabricant») dans la fourniture d'aliments pour bébés aux détaillants canadiens contrevenaient aux dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante. Le Bureau a conclu qu'il y avait concentration sur ce marché et qu'il était sujet aux obstacles à l'entrée incluant l'imposition de tarifs antidumping contre les importations d'aliments pour bébés provenant des États-Unis. La question a été abordée avec l'entreprise et, connaissant les préoccupations du Bureau, le fabricant a volontairement pris des engagements visant à améliorer le contexte concurrentiel canadien pour les aliments en pot pour bébés et les céréales pour nourrissons.

En se fondant sur les facteurs ci-dessous, le Bureau a conclu qu'un fournisseur important et dominant qui se livrait à des agissements créant un obstacle important à l'entrée pour les concurrents empêchait ou diminuait sensiblement la concurrence sur le marché et ceci a mené à un engagement volontaire.

Les principaux agissements anticoncurrentiels préoccupant le Bureau étaient :

i) d'importants paiements forfaitaires versés aux détaillants pour qu'ils ne tiennent pas des aliments en pot pour bébés et des céréales pour nourrissons autres que ceux du fabricant;
ii) des contrats pluriannuels de fourniture exclusive;
iii) des escomptes offerts uniquement en cas de fourniture exclusive.

Dans ses engagements, le fabricant convenait pour une période de 10 ans de ne pas :

- appliquer les dispositions visant l'exclusivité figurant dans les accords existants de fourniture aux détaillants et grossistes des aliments en pot pour bébé et des céréales pour nourrissons;
- conclure d'accords exigeant ou prévoyant un traitement de faveur (y compris des paiements forfaitaires) en échange d'une telle exclusivité;
- se livrer à des ventes liées en ce qui concerne ses aliments en pot pour bébés et ses céréales pour nourrissons;
- accorder des escomptes de volume incitant à l'exclusivité.

Le fabricant convenait par contre :

- de limiter la durée de ses accords de fourniture d'aliments en pot pour bébés et de céréales pour nourrissons à un an – ou à la durée proposée par des concurrents, dans les cas où ceux-ci proposent une durée plus longue;
- de informer tous les utilisateurs de présentoirs à stockage par gravité que ceux-ci peuvent servir à présenter des aliments en pot pour bébés de toute marque.

5.2.1(b) Frais d'étalage et autres frais de listage

Sous la pression de la concurrence, les détaillants dans le secteur de l'alimentation sont perpétuellement au défi de maximiser les recettes générées par la superficie spécifique des magasins. C'est pourquoi ils évaluent constamment la rentabilité des produits sur leurs tablettes, en déterminant quelles catégories de produits et quelles marques produisent le plus de recettes. La décision de changer de produits ou d'introduire de nouveaux produits suppose des risques et de nouvelles possibilités. Les détaillants tentent de minimiser les risques associés à la promotion des produits notamment en faisant assumer les coûts de cette promotion par les fabricants ou distributeurs, en leur imposant des frais de listage, d'étalage et de présentation durable. Dans tous ces cas, le détaillant demande au fournisseur une forme de loyer pour l'espace sur ses tablettes.

Les détaillants disposant d'une puissance commerciale peuvent ne pas contrevenir aux dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante en faisant payer un loyer sous forme de frais ou de ristournes. Cependant, il est évident que de tels systèmes d'imposition de frais en échange d'espace sur les tablettes, étant donné que cet espace n'est pas illimité, peuvent avoir pour effet d'exclure certains concurrents ou catégories de concurrents. Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises dominent le marché d'un produit, le Bureau serait préoccupé si l'entreprise ou les entreprises dominantes recouraient au paiement de frais d'étalage pour acquérir l'exclusivité ou pour accaparer une part suffisante de l'espace d'étalage pour empêcher d'autres concurrents de faire une entrée sur le marché ou d'y prendre de l'expansion.

Le Bureau a fait enquête sur plusieurs contrats d'exclusivité entre fabricants et détaillants en alimentation. Dans ces cas, il tente de déterminer si l'effet d'exclusion de ces contrats peut augmenter les coûts des concurrents. Lorsque ces effets ont également pour résultat d'augmenter les prix de vente aux consommateurs, le Bureau en conclut qu'il y a diminution sensible de la concurrence sur le marché pertinent.

Le Bureau estime également que les contrats d'exclusivité pure et simple posent un problème, de même que les contrats entre fabricants et détaillants qui déterminent la quantité d'espace réservée aux produits du fabricant sur les tablettes ainsi que leur positionnement par rapport aux produits de ses concurrents. Le Bureau examine ces contrats et porte une attention particulière aux clauses qui :

- réservent une proportion précise de l'espace sur les tablettes à une catégorie de produits précise;
- limitent les concurrents à un nombre précis d'unités de gestion de stock (UGS);
- excluent les UGS d'un concurrent donné;
- imposent une forme de parité des prix avec les concurrents;
- précisent quand et comment les concurrents peuvent faire de la publicité;
- révèlent des renseignements sur les modalités des offres contractuelles de concurrents.

Le Bureau prendra des mesures seulement lorsque les agissements anticoncurrentiels de l'entreprise dominante résultent en une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence dans un marché pertinent.

5.2.2 Conduite d'éviction

Il est difficile de distinguer des prix d'éviction et des prix concurrentiels puisque les deux cas, du moins au début, supposent des prix plus bas. Les prix d'éviction pratiqués par une entreprise dominante supposent habituellement l'aptitude de l'entreprise d'augmenter ses prix une fois que les rivaux ont été disciplinés ou ont quitté le marché.

On dit souvent que la pratique de prix d'éviction consiste à vendre à un prix inférieur aux coûts, en vue de nuire à un concurrent. La position du Bureau est qu'un prix d'éviction est un prix sous les coûts évitables et reconnaît que les coûts évitables représentent le concept du coût pertinent. Les coûts évitables font référence à tous les coûts qu'une entreprise pourrait éviter si elle choisissait de ne pas vendre le ou les produits en question. Les coûts évitables n'incluent pas les coûts irrécupérables. L'établissement d'un prix d'éviction peut être rentable pour l'entreprise dominante et nuisible pour la concurrence si cette entreprise peut éventuellement, en maintenant ou en rehaussant sa puissance commerciale, récupérer les pertes de sa stratégie d'éviction. Elle peut le faire en éliminant un rival alors que les obstacles à l'entrée sont prohibitifs ou dissuasifs pour les entrants éventuels qui pourraient empêcher l'entreprise dominante d'augmenter ses prix après ses gestes d'éviction. En l'absence de tels obstacles, l'éviction peut aussi être rentable si elle dissuade les concurrents possibles d'entrer sur le marché de crainte de faire face à de nouvelles tentatives d'éviction. Une telle réputation de pratique d'éviction peut également dissuader des concurrents éventuels de s'établir sur d'autres marchés où l'entreprise dominante est présente, ce qui augmente la tentation de l'entreprise de se livrer à ces pratiques.

Les entreprises dominantes peuvent également se livrer à des pratiques d'éviction en vue de discipliner des concurrents qui contestent sa puissance commerciale. Les mesures disciplinaires servent à convaincre l'entreprise visée de cesser une pratique donnée plutôt qu'à l'éliminer ou à l'exclure du marché. Cependant, l'effet sur la concurrence peut être le même que l'élimination d'un rival si les mesures disciplinaires éliminent la menace concurrentielle. Cela peut être le cas lorsqu'un concurrent tente d'augmenter sa part de marché en réduisant ses prix et que l'entreprise dominante réagit en

réduisant les siens, non en vue d'éliminer le concurrent, mais simplement de le contraindre à rétablir ses prix aux niveaux antérieurs.

Le Bureau a reçu plusieurs plaintes concernant les pratiques de prix de certains détaillants en alimentation. En général, ces plaintes soutiennent qu'un détaillant se livre à une pratique d'éviction visant à éliminer ou à discipliner les concurrents. Il s'agit généralement soit de réduire les prix de produits de grande consommation ou de pratiquer de bas prix sur une vaste gamme d'UGS, dans le cas d'un nouveau détaillant en alimentation (discrimination par les prix sur une base géographique).[10]

Ces situations se produisent quand il y a une rivalité concurrentielle exacerbée dans un marché entre de grands détaillants qui peuvent tirer parti des structures de coûts plus favorables dues à leur envergure et à leur pouvoir d'achat. Souvent, une telle rivalité impose d'importantes pressions aux détaillants de moindre envergure qui doivent aussi livrer concurrence sur le marché. Cette pression peut souvent entraîner une perte de part de marché, voire le départ des concurrents ayant des coûts supérieurs. Cette conséquence ne permet toutefois pas de conclure qu'il y a eu abus de position dominante puisqu'elle découle de la concurrence et non d'une stratégie des concurrents de plus grande envergure de discipliner ou d'éliminer les concurrents de moindre envergure.

Le Bureau a aussi reçu des plaintes concernant des prix d'éviction à la suite de l'arrivée sur un marché géographique d'un supermarché de grande envergure. En outre, des fournisseurs se sont plaints que le nouveau concurrent recevait un «escompte pour nouveau magasin» pour une période pouvant atteindre un an.

Dans les cas de bas prix pratiqués par un nouveau détaillant d'alimentation sur une large gamme d'UGS, le Bureau analyse les prix par rapport aux coûts et aux marges de bénéfice habituelles pour le même genre de magasins sur d'autres marchés géographiques pour déterminer si les prix sont des prix d'éviction. Le Bureau a effectué de vastes comparaisons de prix entre régions pour vérifier que les prix pratiqués après l'arrivée sur le marché ne passent pas sous le seuil des prix d'éviction.

Même si le Bureau admet généralement que la plupart des grands magasins d'alimentation au détail qui arrivent sur le marché encourent des pertes dans les six premiers mois, il est aussi d'avis qu'après les six premiers mois, tout écart important par rapport à une stratégie normale de marges bénéficiaires et de prix visant à récupérer les coûts constitue une indication directe de la pratique de prix d'éviction.

Des prix inférieurs aux coûts peuvent aussi être acceptables dans certaines circonstances. La jurisprudence exige que le Bureau prenne en considération les objectifs commerciaux légitimes pouvant

---

[10] Le Bureau a plusieurs fois constaté qu'un détaillant dominant vendait plusieurs UGS à un prix inférieur aux coûts. Cependant, il a conclu que lorsqu'il s'agit d'un produit d'appel dont il se vend moins de 50 UGS dans un magasin tenant 17 000 à 23 000 UGS, l'impact pour la concurrence sur le marché de l'alimentation est trop limité pour correspondre au critère de diminution sensible de la concurrence de l'article 79 de la Loi. Cette évaluation est faite sur une base du cas par cas.

justifier la pratique de bas prix.[11] Par exemple, il peut être raisonnable qu'une entreprise vende à des prix inférieurs aux coûts des biens excédentaires désuets, ou périssables, ou des biens à l'égard desquels la demande est en baisse. Dans le cas d'augmentation des coûts ou de diminution de la demande qui sont temporaires, une entreprise peut recourir à des prix inférieurs aux coûts pour conserver ses clients existants ou se créer un inventaire dans le but d'augmenter ses ventes. Des entreprises peuvent pratiquer des prix inférieurs aux coûts à titre promotionnel, pour convaincre les clients d'essayer un nouveau produit. Dans chaque cas, le Bureau examine le contexte concurrentiel de la pratique en cause sans privilégier aucun facteur en particulier.

Ce qui suit présente la façon dont le Bureau examine tout allégation présumée d'éviction sur une base préliminaire en vertu d'un test portant sur les coûts évitables.

- Comme point de départ, lorsqu'un plaignant fait part d'allégations précises d'éviction, le Bureau examine généralement l'affaire en vertu de la disposition criminelle en matière de prix d'éviction de la Loi (alinéa 50(1)*c)*). Toutefois, le Bureau ne prendra pas une décision finale quant à la disposition de la Loi devant être utilisée et ce, avant que tous les faits pertinents n'aient été recueillis.[12]

- Après avoir défini les marchés pertinents et déterminé si l'entreprise ou les entreprises dominante(s) peuvent détenir une puissance commerciale, le Bureau considérera si la rentabilité du plaignant est suffisante de manière à ce que l'entreprise demeure en opération. En dépit de la présumée allégation d'éviction, si le plaignant demeure rentable, il est peu probable qu'il sorte du marché. Lorsque la rentabilité baisse, le Bureau exigera une preuve du plaignant que la baisse est attribuable à la présumée éviction. Afin d'évaluer rapidement la question de rentabilité, le Bureau utilisera l'information concernant un seul magasin et analysera les profits grâce à divers scénarios d'un groupe de produits.

- Il y a plusieurs facteurs clés pour examiner chaque scénario d'un groupe de produits. L'information relative aux coûts provenant du magasin est généralement sous forme de coûts d'acquisition. À partir de l'information relative aux coûts d'acquisition, le Bureau ajoutera des estimations d'autres coûts évitables (exemple : les parts variables du coût de la main-d'oeuvre, la location et les dépenses en général comme les coûts utilitaires, les sacs d'épicerie, etc.) et il soustraira l'estimation de certaines recettes (exemple : des frais de publicité, escomptes de caisse, etc.) pour arriver à une estimation du coût total évitable. Ces calculs fournissent une

---

[11] R. c. Consumers Glass Co. (1981), 33 O.R. (2d) 228. Voir aussi Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. c. Bristol-Myers Squibb Canada Inc., Cour de justice de l'Ontario (Division générale), le 9 octobre 1998, non publié - un recours privé exercé en vertu de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*.

[12] L'analyse sera semblable peu importe que la plainte soit examinée en vertu des dispositions criminelles en matière de prix d'éviction ou des dispositions civiles sur l'abus de position dominante.

estimation de la rentabilité du groupe de produits (c'est-à-dire un prix au-dessus ou au-dessous du coût évitable). Finalement, le Bureau examinera les scénarios des groupes de produits pendant une certaine période de temps.

! À moins que les scénarios du groupe de produits ne démontrent que le plaignant est rentable et qu'ils n'établissent le prix de la plupart de ses articles au-dessus du coût, le Bureau répétera le même exercice avec les renseignements sur les coûts du présumé prédateur. Dans ce cas, si le présumé prédateur établit les prix de la plupart de ses articles au-dessous du coût, alors le Bureau aura recours à une analyse détaillée des coûts évitables.

5.2.3 Interdépendance ou collusion tacite entre entreprises : pratiques facilitantes

Les dispositions sur l'abus de position dominante admettent que les entreprises qui ont légitimement obtenu une position dominante sur un marché en livrant une concurrence plus efficace peuvent exercer leur puissance commerciale pourvu qu'elles ne se livrent pas à des activités abusives visant à éliminer ou à limiter la concurrence. Cependant, sur les marchés où un petit nombre de concurrents détiennent une forte part du marché et où les obstacles à l'entrée font en sorte qu'il est difficile de s'établir sur le marché ou d'y prendre de l'expansion, il faut davantage se soucier de ce que les entreprises établies pourraient s'assurer une position dominante en coordonnant leurs activités. Il s'agirait d'un comportement anticoncurrentiel menant à la création d'une puissance commerciale, qui diminuerait ou empêcherait sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents.

Les pratiques facilitantes ont pour effet d'accroître la capacité des entreprises de coordonner leurs agissements en vue de maintenir ou d'augmenter les prix. Un groupe d'entreprises pourrait ainsi recourir à des pratiques facilitantes afin de s'assurer de la coopération entre les membres en vue de maintenir la position dominante qu'exerce ensemble le groupe sur le ou les marchés pertinents. En général, de telles pratiques aident les entreprises à s'observer entre elles pour veiller à ce qu'aucune ne trahisse leur accord ou elles permettent aux entreprises de sévir plus efficacement en cas d'écart.

Ce genre de comportement peut se manifester par exemple dans le fait d'annoncer à l'avance les augmentations de prix, de publier des listes de prix, la gestion des catégories et de pratiquer des prix à la livraison. Dans ce dernier cas, il peut s'agir de prix uniformes où les entreprises demandent le même prix à la livraison à tous les clients, quel que soit l'emplacement. Par ailleurs, les entreprises peuvent adopter les mêmes points de base à partir desquels les frais de transport sont ajoutés. Les deux formes de prix à la livraison simplifient les listes de prix et font en sorte que les clients retrouvent le même prix chez toutes les entreprises. Les prix sont plus transparents aux autres entreprises, ce qui facilite un comportement coordonné. À moins qu'une série de pratiques facilitantes ne soit présente dans le marché, le Bureau ne poursuivra vraisemblablement pas le cas.

Des arrangements contractuels peuvent aussi servir à accroître la transparence et permettre des sanctions plus efficaces. Des clauses d'« offre concurrente » peuvent signaler à une entreprise si les autres réduisent leurs prix, ce qui aide à déceler les écarts. Ces clauses peuvent également prévoir des sanctions en permettant à une entreprise d'égaler l'offre, empêchant celle qui a réduit les prix de conclure la vente.

D'autres pratiques semblables peuvent entraîner des sanctions plus sévères. C'est le cas par exemple lorsqu'une entreprise promet des prix inférieurs de 10 p. 100 à ceux de tout rival. Les clauses de la nation la plus favorisée engagent de fait une entreprise à se punir elle-même si elle offre une réduction de prix limitée à un client donné. Cette réduction devrait en effet être offerte à tous les clients jouissant d'une clause analogue. Ainsi, ces clauses peuvent dissuader de pratiquer des réductions de prix sélectives et stabiliser l'interdépendance entre oligopoleurs.

Jusqu'à ce jour, il n'y a aucune indication que ce genre de comportement coordonné se produise régulièrement dans le secteur de l'alimentation. Cependant, étant donné le caractère dynamique du secteur, le Bureau s'attache à demeurer au fait de l'évolution de sa structure et de toute nouvelle tendance sur le marché qui pourrait favoriser une plus grande coordination entre concurrents.

5.2.4 Autres affaires

Tout comme les allégations d'établissement de prix d'éviction mentionnées précédemment, les présumés agissements anticoncurrentiels d'une entreprise dominante sont fréquemment examinés en vertu d'autres dispositions précises de la Loi. En général, lorsque de présumés agissements anticoncurrentiels sont examinés en vertu d'une disposition précise de la Loi, le Bureau examinera généralement le comportement en vertu de cette dernière. Toutefois, le Bureau ne prendra pas une décision finale quant à la disposition de la Loi devant être utilisée et ce, avant que tous les faits pertinents n'aient été recueillis. Parmi d'autres dispositions particulières visant à examiner la conduite d'une ou des entreprises dominantes, nous retrouvons la discrimination par les prix à l'alinéa 50(1)*a)* visant les agissements présumés anticoncurrentiels d'établissement de prix ou l'article 61 sur le maintien des prix ainsi que l'article 45 sur les complots.

5.3 Empêchement ou diminution sensible de la concurrence

L'alinéa 79(1)*c)* de la Loi exige de faire la preuve que la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet « d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence ». L'accent est résolument placé sur la concurrence plutôt que sur des concurrents particuliers. Dans tout cas donné, pour déterminer si la concurrence a été diminuée ou empêchée sensiblement, il faudra en dernier ressort prendre en considération le degré de dominance, la nature et la gravité des agissements anticoncurrentiels et le

degré de concurrence restante sur le marché. En général, le Bureau se penchera sur une gamme d'indicateurs qui déterminent l'impact des activités anticoncurrentielles sur la concurrence. Parmi ceux-ci figurent l'ampleur du choix ou de la variété des produits, la qualité et l'innovation ainsi que les répercussions sur le niveau des prix aux consommateurs.

Dans le but d'illustrer l'approche prise par le Bureau lors de son examen des plaintes dans le secteur canadien de l'alimentation, on a inclus une série d'étude de cas hypothétiques à l'annexe III de ce bulletin.

6. Mesures correctives

6.1 Autres instruments de règlement des cas

Lorsqu'approprié, le commissaire entamera des discussions afin d'essayer d'obtenir la conformité volontaire à la Loi. Ceci peut être la seule action nécessaire pour remédier à la situation. Une solution plus formelle consisterait à l'enregistrement d'un consentement au Tribunal de la concurrence lorsque toutes les parties s'entendent sur une solution qui rétablit la concurrence dans le marché. Dans la plupart des cas, le Bureau préférerait un projet de mesures correctives sur lequel les parties se seraient entendues pour l'enregistrement d'un consentement au Tribunal. Toutefois, la résolution de ces affaires sera traitée au cas par cas.

Dans les cas où le Bureau a pu résoudre des problèmes de concurrence par une formule autre que la procédure habituelle, le Bureau doit voir à rendre publique la démarche suivie, ceci afin d'assurer la transparence du processus et de permettre à toutes les parties intéressées de savoir que l'affaire est réglée.

6.2 Ordonnances provisoires

L'article 103.3 de la Loi donne au Tribunal le pouvoir d'émettre une ordonnance provisoire sur demande ex parte du commissaire afin de prévenir un préjudice irréparable à la concurrence ou à un concurrent pendant que le commissaire poursuit son enquête. Les ordonnances provisoires sont limitées à un maximum de 80 jours à moins que le Tribunal ne soit convaincu que le commissaire est à la recherche des renseignements nécessaires pour compléter son enquête et ne les a pas reçu. Le Bureau utilisera l'article 103.3 de la Loi de manière prudente pendant ses enquêtes.

Une ordonnance provisoire en vertu de l'article 104 de la Loi est aussi disponible lorsqu'une demande d'ordonnance corrective est déposée auprès du Tribunal.

6.3 Ordonnances correctives

Le Bureau aura recours à une procédure contestée lorsqu'il est impossible d'en arriver à un règlement par consentement.[13] Dans ces circonstances, le Bureau déposera une demande d'ordonnance corrective auprès Tribunal. Le Tribunal a à sa disposition un certain nombre de mesures correctives pour enrayer les effets des agissements anticoncurrentiels et pour rétablir la concurrence. La mesure corrective la plus commune est une ordonnance exigeant la cessation du comportement anticoncurrentiel. Si le Tribunal croit que d'autres mesures correctives sont nécessaires, il peut émettre une ordonnance afin que des mesures raisonnables et nécessaires soient prises pour enrayer les effets des agissements anticoncurrentiels, notamment le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions.[14]

6.4 Limitations et exceptions

Le paragraphe 79(3) de la Loi limite la portée d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 79(2) de la Loi, pour ajouter à la protection des droits des personnes visées par une ordonnance. Il s'agit de veiller à ce qu'une ordonnance rétablisse la concurrence, mais sans outrepasser cet objectif.

Le paragraphe 79(4) de la Loi vise à imposer au Tribunal de vérifier si la diminution de la concurrence peut être attribuée au rendement concurrentiel supérieur de l'entreprise dominante ou du groupe d'entreprises dominant. Il n'exige pas que le Tribunal compare strictement le rendement concurrentiel supérieur et les effets des agissements anticoncurrentiels. Le rendement concurrentiel supérieur est uniquement un facteur à prendre en compte pour déterminer la cause de la diminution de la concurrence, plutôt qu'un motif acceptable pour justifier des agissements anticoncurrentiels.

Le fait de se prévaloir de droits exclusifs prévus par le droit de la propriété intellectuelle ne constitue pas en soi un comportement abusif de la part d'une entreprise dominante. Le paragraphe 79(5) de la Loi vise à assurer que le recours légitime à ces droits de propriété intellectuelle ne soit pas considéré comme étant anticoncurrentiel. Cependant, l'abus de ces droits pourrait constituer une violation de l'article 79 de la Loi.

Le paragraphe 79(6) de la Loi précise qu'aucun recours ne peut être entrepris face à des agissements anticoncurrentiels de la part d'une entreprise dominante ou d'un groupe d'entreprises dominant plus de trois ans après que la pratique a cessé.

---

[13] Bulletin d'information sur le continuum d'observation de la Loi, p. 11.

[14] Paragraphe 79(2) de la Loi.

Le paragraphe 79(7) de la Loi exige que le commissaire choisisse entre les dispositions concernant les complots, les fusionnements ou l'abus de position dominante lorsqu'il décide de présenter soit une recommandation au procureur général (allégation de complot criminel), soit une requête au Tribunal (en vertu des dispositions civiles). Le choix des dispositions à invoquer dépendra des faits en cause et de la nature du redressement voulu face au problème de concurrence.

7. Comment joindre le Bureau de la concurrence

Pour obtenir de plus amples renseignements ou des copies de cette publication, veuillez communiquer avec le Centre des renseignements du Bureau de la concurrence.

Centre des renseignements
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Gatineau (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATME (pour personnes malentendantes) : 1 800 642-3844

Télécopieur : (819) 997-0324
Télécopie sur demande : (819) 997-2869

Site Web : www.cb-bc.gc.ca
Courriel : burconcurrence@ig.gc.ca

Annexe I

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* concernant l'abus de position dominante (articles 78 et 79)

Abus de position dominante

78.(1) Pour l'application de l'article 79, « agissement anti-concurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent;

j) à l'égard des exploitants d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l'alinéa (2)*a*);

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans

l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre (de l'Industrie) et du ministre des Transports :

a) préciser des agissements pour l'application de l'alinéa (1)*j*);

b) préciser des installations ou services essentiels pour l'application de l'alinéa (1)*k*).

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(3.1) Si l'entité qui fait l'objet d'une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) exploite un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, le Tribunal peut aussi prononcer à son égard une sanction administrative pécuniaire maximale de 15 000 000 $, à payer selon les modalités qu'il peut préciser.

(3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants:

a) la fréquence et la durée du comportement;

b) la vulnérabilité des catégories de personnes qui souffrent du comportement;

c) le tort causé à la concurrence sur le marché pertinent;

d) le comportement antérieur de l'entité, en ce qui a trait au respect de la présente loi;

e) toute autre circonstance pertinente.

(3.3) La sanction prévue au paragraphe(3.1) vise à encourager l'entité a adopté un comportement prévisible avec les objectifs du présent article et non à la punir.

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;

b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.

79.1 Les sanctions administratives pécuniaires imposées au titre du paragraphe 79 (3.1) constitue des créances de Sa Majesté du chef du Canada, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant tout tribunal compétent.

Annexe II

Analyses économiques commandées par le Bureau de la concurrence*

1. TAN, Guofu. *Théorie économique des restrictions verticales.*

2. WEN, Jean-François. *Le pouvoir de marché dans l'alimentation au détail : analyse des données sur le Canada.*

3. FERRIS, J. Stephen. *Différentes approches à l'égard des restrictions verticales : modèles théoriques et pratiques actuelles.*

*Ces documents se trouvent dans le site Web du Bureau à http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02318f.html#ii.

Annexe III

Études de cas hypothétiques

L'étude des cas hypothétiques présentée ci-dessous se limite aux faits et l'analyse qui suit chaque cas est un recours possible que le Bureau peut prendre.

EXEMPLE 1 : FRAIS D'ÉTALAGE

Nourriture Biggie, un conglomérat de fabricants et de détaillants, est responsable des frais d'étalage pour la vente d'autres articles de fabricants dans ses magasins au détail. Café superbe, un fabricant de café, se plaint que les frais d'étalage demandés par Nourriture Biggie pour ses produits sont excessifs. Nourriture Biggie demande aussi des frais annuels qui sont indépendants des ventes de Café superbe dans les magasins de Nourriture Biggie. Même si Café superbe vend seulement un paquet de son café grâce à Nourriture Biggie, il doit toujours payer le même montant annuellement.

Nourriture Biggie produit des articles qui sont presque tous vendus sous sa marque maison au sein de ses magasins, incluant le café. Pendant la dernière décennie, l'entreprise a énormément investi dans son système d'information en vue de gérer son inventaire le plus efficacement posiible. Par exemple, l'entreprise a trouvé que ses frais d'étalage étaient trop bas étant donné les coûts reliés à la vente de nouveaux produits. Si le produit échoue, les coûts de renonciation et tous les coûts réellement engagés concernant la vente des produits étaient plus élevés que ceux calculés à l'avance.

Café superbe trouve que les frais d'étalage très élevés empiètent sur ses marges de profit. Dans ce cas, Café superbe peut devoir se retirer des chaînes de magasins et se concentrer sur de plus petits magasins mais il y a relativement peu de petits détaillants indépendants. Café superbe croit que les frais d'étalage excessifs ne sont pas équitables et qu'ils indiquent qu'il y a un complot entre les chaînes de magasins et les plus grands concurrents de Café superbe. L'entreprise veut donc que le Bureau examine les effets anticoncurrentiels des contrats et des frais d'étalage imposés par Nourriture Biggie.

ANALYSE

Les frais d'étalage peuvent générer des avantages éventuels ce qui inclut (i) transférer certains des risques de l'échec du produit du détaillant au fabricant et (ii) fournir un dispositif de filtrage aux détaillants pour la vente de produits de haute qualité. Toutefois, ces frais peuvent soulever de sérieux problèmes en matière de concurrence.

Les contrats de frais d'étalage peuvent être utilisés comme un outil stratégique pour réduire la concurrence sur le marché au détail. Un fabricant dominant peut se servir des frais d'étalage pour obtenir que ses produits se retrouvent en exclusivité sur la liste de vente des détaillants. Ce faisant, le détaillant augmente sa puissance commerciale face aux autres détaillants. De plus, dépendant de la taille

et de l'envergure du marché dominé par le détaillant, les frais imposés par le détaillant dominant peuvent limiter la concurrence sur le marché de la fabrication. Dès lors, les frais d'étalage peuvent augmenter les coûts des rivaux et créer, accroître ou maintenir une puissance commerciale ce qui peut résulter en une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence.

Cependant, le fait que Nourriture Biggie impose des frais fixes et inconditionnels crée des préoccupations parce que les frais ne semblent être pas utilisés simplement pour le partage des risques. On s'attend normalement à ce que ces frais varient en fonction des risques encourus. Le Bureau examinerait donc les agissements de Nourriture Biggie en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante.

L'analyse de la plainte exige de déterminer si Nourriture Biggie domine le marché du café vendu au détail. Évidemment, la puissance commerciale de Nourriture Biggie doit être évaluée à plusieurs niveaux. Même si Nourriture Biggie a une grande présence sur le plan national, elle peut ne pas être importante dans certains emplacements géographiques. Malgré le fait, toutefois, que Nourriture Biggie peut ne pas être dans une position dominante dans certains marchés locaux, sa puissance commerciale peut être, de façon générale, suffisante pour avoir un impact important sur la capacité de Café superbe de vendre son produit et de demeurer viable.

L'incidence des frais d'étalage sur Café superbe devrait aussi être évaluée. Présumant que Nourriture Biggie exerce une dominance sur le marché, sa capacité de soutirer des frais des fabricants n'est pas en soi contraire aux dispositions sur l'abus de position dominante de la Loi. Demander des frais supérieurs au risque encouru pour l'étalage du produit pourrait seulement être une cause de préoccupations si les agissements démontrent une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence.

Si les frais d'étalage étaient tels qu'ils empêchaient Café superbe (et peut-être d'autres fabricants) de demeurer concurrentiel sur le marché, une évaluation de l'incidence du retrait sur la concurrence de Café superbe (et peut-être d'autres fabricants) exigerait aussi de démontrer qu'il y a eu une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence. Toutefois, le Bureau examinerait vraisemblablement les agissements de Nourriture Biggie en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante. Par exemple, il faudrait noter que si les frais d'étalage ne sont pas fixes mais conditionnels, basés sur le rendement des ventes, les frais ne seraient vraisemblablement pas anticoncurrentiels. Il se peut aussi qu'il existe un certain nombre de fabricants de café qui sont plus efficaces que Café superbe et qui peuvent absorber les frais d'étalage conditionnels et non fixes tout en demeurant concurrentiels.

EXEMPLE 2 : FRAIS DE LISTAGE

Café superbe, un petit fabricant de café, aimerait entrer dans un marché local mais découvre qu'il n'existe qu'un seul grossiste, Vente en gros, qui dessert cette région. Par le biais de contrats d'exclusivité à long terme auprès de ses clients, Vente en gros a érigé des obstacles artificiels à l'entrée. Café superbe ne possède pas un volume de ventes suffisant pour vendre directement aux détaillants et demande que Vente en gros distribue ses articles. Toutefois, Vente en gros exige des frais de listage pour vendre les produits de Café superbe. En fait, les frais doivent être payés sur une base trimestrielle pour que les articles de Café superbe demeurent sur la liste de Vente en gros.

Des grossistes fournissent des services de listage afin de permettre aux fabricants et aux détaillants d'échanger des renseignements concernant les prix et la disponibilité des produits. Des frais de listage sont demandés pour ce genre de services. Café superbe trouve que les frais de listage exigés sont inéquitables parce que les frais sont payables indéfiniment. L'entreprise est prête à payer Vente en gros pour tous les coûts irrécupérables si les détaillants trouvent que les articles de Café superbe ne se vendent pas. Elle est même prête à se donner une période de temps pour la réussite de ses produits et de payer pour tous les coûts de retrait.

ANALYSE

Les frais de listage peuvent générer des avantages éventuels ce qui inclut (i) transférer certains des risques de l'échec du produit du grossiste au fabricant et (ii) fournir un dispositif de filtrage aux grossistes pour la vente de produits de haute qualité. Toutefois, ces frais peuvent soulever de sérieux problèmes en matière de concurrence semblables à ceux identifiés antérieurement dans l'étude de cas sur les frais d'étalage.

Vente en gros qui est vraisemblablement en situation de position dominante, demande essentiellement des frais de présentation durable afin d'emmagasiner les produits de Café superbe. Tout comme les frais d'étalage fixes et inconditionnels cités dans l'exemple précédent, les frais de listage, dans ce cas, sont vraisemblablement anticoncurrentiels étant donné que Vente en gros exclut Café superbe du marché en gros et peut ainsi diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence. Alors, le Bureau examinerait plus en détails les agissements de Vente en gros en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante.

EXEMPLE 3 : GESTION DES CATÉGORIES

Bulle locale, comme tous les autres fabricants de gomme, vend ses produits par l'intermédiaire de détaillants. Puisque la gomme est un article généralement acheté sur impulsion, la visibilité du produit sur es tablettes des magasins est un facteur important pour la réussite de tout fabricant de gomme. Pendant les dernières années, Bulle locale a réalisé que ses ventes avaient diminué à cause des agissements d'un autre fabricant de gomme, Gomme balloune. Suivant la tendance parmi les détaillants d'utiliser des gestionnaires de catégories, Gomme balloune a commencé un programme de gestion de catégories semblable pour les détaillants. Gomme balloune veut surtout que des détaillants allouent leur espace

d'étalage selon les ventes. Par exemple, si Gomme balloune détenait 50 p. 100 des ventes de gomme, elle pourrait alors obtenir 50 p. 100 de l'espace d'étalage réservé à la gomme.

Puisque Gomme balloune a 80 p. 100 des parts de marché de la gomme à l'échelle nationale, Bulle locale croit que ce programme est injuste parce que Gomme balloune à tendance a utiliser des données aggrégées au lieu de l'information locale. Gomme balloune a passé des décennies pour se bâtir une marque de commerce au moyen de dépenses publicitaires importantes. La reconnaissance de sa marque de commerce fait en sorte qu'il est difficile pour des rivaux comme Bulle locale d'acquérir des parts de marché. Bulle locale estime que sa part de marché nationale est de 10 p. 100 mais l'entreprise a 50 p. 100 des parts de marché sur quelques marchés locaux. En utilisant des chiffres nationaux, n'importe quel scénario d'allocation d'espace d'étalage serait favorable à Gomme balloune.

Gomme balloune soutient qu'elle a obtenu ses renseignements de sources indépendantes. En tant que gestionnaires de catégories, l'entreprise et les détaillants ont accepté que l'allocation d'espace d'étalage devrait être basée sur les ventes. Ceci voudrait dire que plus le produit est vendu, plus grand sera l'espace d'étalage alloué. Des détaillants ne veulent pas allouer de grands espaces d'étalage pour des produits qui ne se vendent pas rapidement. Donc, les données devraient être obtenues de sources indépendantes afin d'être plus crédibles auprès des détaillants. Même si certaines données sont aggrégées, Gomme balloune a utilisé des données régionales lorsque possible en vue de calmer les détaillants. En fait, il y a une limite sur la façon dont les données peuvent être désagrégées et assurer que les sources indépendantes des données ne demeurent confidentielles.

ANALYSE

Gomme balloune détient vraisemblablement une position dominante si on se base sur ses parts de marché et la présence d'obstacles importants à l'entrée. La pratique d'allouer de l'espace d'étalage en se basant sur des données historiques peut avoir des effets semblables à ceux associés à l'exclusivité. Un fournisseur devient un vendeur exclusif pour un certain espace d'étalage fixe. Ceci incite fortement Gomme balloune à avoir recours à cette pratique car cette dernière contribue à maintenir le pourcentage d'espace d'étalage de Gomme balloune, ce qui a une incidence directe sur sa capacité de maintenir sa part de marché. Étant donné l'effet de la position dominante et de l'exclusivité de Gomme balloune dans cette pratique de gestion des catégories, l'affaire aura vraisemblablement pour effet de diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence car elle réduit la capacité des concurrents d'augmenter leur présence sur le marché. Le Bureau examinera donc selon toute vraisemblance les agissements de Gomme balloune en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante.

EXEMPLE 4 : VENTES LIÉES - CONTRATS DE FRANCHISE

Depuis le début de ses activités, le Supermarché ABC a acheté des articles de différents grossistes spécialiés. Le Supermarché ABC achète tous ses produits d'épicerie de Vente en gros sauf sa viande et ses produits transformés parce qu'ils sont disponibles à un plus bas prix ailleurs. Le Supermarché ABC a aussi essayé de s'approvisionner directement de fabricants alimentaires. Étant donné son petit volume d'achats, le Supermarché ABC ne peut mettre sur pied sa propre entreprise de vente en gros dans le secteur alimentaire. De plus, aucun autre grossiste ne peut fournir de façon rentable la plupart des

produits que l'on retrouve dans une épicerie à l'intérieur de la région des activités de Supermarché ABC. En outre, environ 40 p. 100 des recettes de Supermarché ABC proviennent d'articles fournis par Vente en gros.

En plus d'être un grossiste, Vente en gros est aussi un franchiseur dans le domaine de l'alimentation. Récemment, Vente en gros a exigé que Supermarché ABC devienne un de ses franchisés ou sinon qu'elle se trouve un nouveau grossiste. Afin d'empêcher le resquillage et d'assurer les mêmes normes parmi tous les franchisés, le contrat de franchissage restreint les franchisés en ce qui concerne le recours à d'autres fournisseurs.

Le Supermarché ABC trouve que les exigences de Vente en gros ne sont pas raisonnables. En tant que franchisé, l'épicier indépendant croit qu'il devra élever ses prix et que ces profits seront plus bas puisque Vente en gros n'est simplement pas efficace dans la manipulation des denrées périssables telles que la viande et les produits tranformés. Malheureusement, le Supermarché ABC n'a aucune autre source d'approvisionnement et fait appel au Bureau pour obtenir de l'aide.

ANALYSE

Vente en gros semble détenir une position dominante puisqu'il est le seul grossiste dans le domaine de l'alimentation étant capable d'approvisionner le marché local. Dans ce cas, la question importante en matière de concurrence impliquant des contrats de franchissage est le moment de l'offre de la franchise étant donné que cette offre a été faite alors que Vente en gros approvisionnait déjà le Supermarché ABC. Si Vente en gros avait fait l'offre avant de commencer à approvisionner le Supermarché ABC, alors ce dernier aurait été libre de décider s'il lui était possible de commencer une entreprise sans des sources d'approvisionnement efficaces. En ayant déjà approvisionné le Supermarché ABC, Vente en gros a démontré que le Supermarché ABC avait une entreprise viable. La première question pour le Bureau est de savoir quel impact la sortie du Supermarché ABC aurait sur la concurrence parmi les fournisseurs.

Dans cette situation, le Bureau considèrerait les contrats de franchise de Vente en gros comme des contrats obligeant à tenir un assortiment complet[15] ou des contrats de vente liée[16]. Les deux sont considérés comme des agissements anticoncurrentiels lorsqu'utilisés par un fournisseur dominant. L'avantage d'être un franchisé est que le Supermarché ABC peut profiter éventuellement de l'expérience de Vente en gros et de ses économies provenant d'un plus grand pouvoir d'achat de publicité. En tant que franchisé, le Supermarché ABC ne peut acheter certains produits surtout des denrées périssables, de grossistes et de fabricants indépendants comme il le faisait auparavant. La pratique de franchisage de Vente en gros pourrait avoir des effets d'exclusivité puisque d'anciens fournisseurs du Supermarché ABC auront été exclus. La pratique aura vraisemblablement pour effet de

---

[15] Un contrat obligeant à tenir un assortiment complet signifie qu'un fabricant exige des détaillants qu'ils gardent en inventaire chacun de ses produits.

[16] La vente liée existe lorsqu'un fournisseur oblige ou incite un client à acheter un second produit pour pouvoir obtenir le produit dont il a besoin.

diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence puisqu'elle réduit le nombre de fournisseurs concurrentiels sur ce marché. Dans cette situation, le Bureau examinerait vraisemblablement les agissements de Vente en gros en vertu des dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante.